Série A N° 147

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Portée dans le temps du Principe d'Immutabilité des Conventions matrimoniales

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Hélène GEISMAR
Lauréate des Concours de la Faculté

Jury de la Thèse :

Président : M. Jean RADOUANT, *Professeur.*
Suffragants : MM. Joseph DELPECH, *Doyen.*
Daniel BASTIAN, *Professeur.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22 Rue Soufflot, Paris, 5e

1942

GEISMAR (Hélène). —

Portée dans le temps du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. —

Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942, in-8°, 240 pages.

(*Thèse Droit, Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1942*).

GEISMAR (Hélène). —

Portée dans le temps du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. —

Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942, in-8°, 240 pages.

(*Thèse Droit, Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1942*).

GEISMAR (Hélène). —

Portée dans le temps du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. —

Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942, in-8°, 240 pages.

(*Thèse Droit, Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1942*).

GEISMAR (Hélène). —

Portée dans le temps du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. —

Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942, in-8°, 240 pages.

(*Thèse Droit, Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1942*).

Portée dans le temps
du
Principe d'Immutabilité
des
Conventions matrimoniales

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Série A N° 147

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Portée dans le temps du Principe d'Immutabilité des Conventions matrimoniales

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Hélène GEISMAR
Lauréate des Concours de la Faculté

Jury de la Thèse :

Président : M. Jean RADOUANT, *Professeur.*
Suffragants : MM. Joseph DELPECH, *Doyen.*
Daniel BASTIAN, *Professeur.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22 Rue Soufflot, Paris, 5e

1942

A MES PARENTS

INTRODUCTION

« Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ». C'est en ces termes, qu'avec leur concision habituelle, les rédacteurs du Code civil se sont exprimés dans l'article 1395. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, ainsi posé, a déjà fait l'objet de multiples études. De nombreux ouvrages ont été consacrés à sa portée, quant aux actes qu'il prohibait, quant aux personnes auxquelles il s'imposait. Mais un point reste très obscur et inexploré, c'est la portée du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales dans le temps. Telle est la question que nous nous proposons d'étudier.

A priori, la réponse en est très simple. L'immutabilité a son point de départ au moment de la célébration du mariage, son point d'aboutissement au moment de la dissolution du mariage. Etudier la durée de l'immutabilité, c'est, semble-t-il, étudier la durée du mariage. Ainsi, l'on capte dans le temps deux instants, importants entre tous, — la célébration du mariage, sa dissolution —. En-deça et au-delà de ces deux bornes, la situation juridique est différente. Avant la dissolution, les époux sont dans l'impossibilité de modifier leur contrat de mariage, soit directement, soit indirectement. Dès après la dissolution, ils ont pleine et entière liberté d'action et

peuvent ainsi, par exemple, liquider leur régime matrimonial sur d'autres bases que celles prévues dans leur contrat.

Cette solution a l'avantage d'être claire et nette. Mais la simplicité n'est-elle pas, maintes fois, un mirage ? Ne sacrifie-t-elle pas, en l'espèce, à la logique et aux exigences des faits ?

Il nous semble qu'avant d'aborder ce problème délicat, il nous faut, tout d'abord, rechercher minutieusement les origines et les fondements du principe que nous examinons. Car, — *et ceci est un postulat essentiel*, qui constitue le point de départ de notre thèse, la base de tous nos raisonnements ultérieurs — l'article 1395 doit, selon nous, recevoir application dans le temps dès qu'apparaît l'une quelconque des raisons qui en motive l'existence.

Le principe d'immutabilité du régime matrimonial n'est pas une innovation des rédacteurs du Code civil. Les législateurs de 1804 ont seulement consacré une règle traditionnelle de notre droit coutumier. Dans les pays de Coutumes, le principe règna d'abord en fait, ayant de devenir une règle de droit. L'usage s'établit, à partir du XIVe siècle, de convenir qu'il serait interdit d'apporter aucun changement aux conventions matrimoniales.

Les anciens auteurs, Louet entre autres[1], nous ont rapporté comment des arrêts du Parlement de Paris de la seconde moitié du XVIe siècle et du début du XVIIe (15 mai 1549, 6 septembre 1551, 14 août 1589, 5 avril 1605) donnèrent à cette pratique antérieure une consécration juridique.

1. LOUET, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, augmenté par Julien Brodeau, lettre M, sommaire IV ; référence indiquée par M. L. BEUCHER, dans sa thèse *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Caen, 1938.

Formulé par le Parlement, le principe d'immutabilité était inscrit dans l'immense majorité des coutumes : Paris (art. 110, A.C. ; art. 258, N.C.) ; Orléans (art. 202) ; Hainant (ch. 29, art. 8) ; Auvergne (ch. XIV, art. 16) ; Bretagne (art. 220) ; Bourgogne (titre IV, art. 7).

Il est donc essentiel de noter que ce principe est né, peu à peu, des besoins de la pratique et que le Code ne l'a consacré que pour donner satisfaction à ces besoins. Mais quelles raisons incitèrent ainsi les parties à s'interdire de modifier leur contrat de mariage ? Quels sont donc les fondements du principe ? Ils sont triples : la prohibition des donations entre époux, le caractère de pacte de famille du contrat de mariage, la protection des intérêts des tiers.

La majorité des anciens auteurs rattache le principe à la prohibition des donations entre époux. Dumoulin, d'Argentré, Lebrun, Bourjon[1], invoquent ce motif. Les époux, si on leur permettait de modifier leurs conventions matrimoniales au cours du mariage, auraient la possibilité de se faire des donations indirectes et, par là donc, d'enfreindre la prohibition. Or, la femme, faible et inexpérimentée, pourrait ainsi facilement céder aux instances de son mari et lui consentir des avantages indirects, au détriment de ses propres intérêts. Il faut la protéger contre les abus d'influence dont elle pourrait être l'objet et la victime.

D'autres auteurs, Ferrière[2] surtout, invoquent le caractère de pacte de famille du contrat de mariage. En effet, les clauses du contrat de mariage, sont, bien

1. Dumoulin, sur article 110, ancienne Coutume de Paris ; — d'Argentré, article 221, ancienne Coutume de Bretagne, glose 3, n° 1 ; — Lebrun, *Communauté*, livre VII, chap. III, n° 29 ; — Bourjon, *Droit commun de la France*, 1re partie, chap. III, sect. I, n° 11.

2. Ferrière, *Sur la Coutume de Paris*, article 258-8°.

souvent, plus l'œuvre des parents que des conjoints eux-mêmes. Ce sont les familles respectives qui prennent soin de discuter, point par point, des conditions pécuniaires de la vie matrimoniale à venir. D'ailleurs, c'est parfois en considération du régime matrimonial adopté que les parents consentent des libéralités à leur enfant. Ce serait méconnaître leurs intentions, dénaturer leur volonté et décevoir leurs prévisions que de permettre aux époux de modifier ultérieurement leur contrat.

Enfin, et surtout, le principe d'immutabilité repose sur l'intérêt des tiers. C'est d'ailleurs le seul motif invoqué expressément par Berlier, dans son exposé des motifs de la loi sur le contrat de mariage [1].

« Les deux dispositions, dit-il, en visant par là les articles 1394 et 1395, ont eu pour objet d'empêcher des fraudes envers les tiers, telles que celles dont le passé n'a offert que trop d'exemples. Le gouvernement entre certainement dans vos vues toutes les fois qu'il enlève à la mauvaise foi quelques-uns de ses nombreux asiles ou qu'il en rend l'accès plus difficile ».

Les tiers, en effet, ont le plus grand intérêt à être renseignés exactement sur le régime matrimonial adopté, sur les pouvoirs des époux, sur les différentes catégories de biens, sur la composition de leurs patrimoines respectifs. Il faut qu'au moment où ils traîtent avec l'un des époux, ils sachent à quoi s'en tenir. Il faut avant tout éviter que les conjoints puissent, à leur gré, leur opposer le régime matrimonial qui sert le mieux leurs intérêts actuels, tantôt s'appuyant sur le contrat de mariage, tantôt sur une modification que, soi-disant, ils y auraient apportée.

1. J.G., *Contrat de mariage*, n° 71, note 1, 8°.

Mais, à l'heure actuelle, ces conceptions persistent-elles ? Ces raisons ont-elles encore quelque valeur ?

La prohibition des donations entre époux a disparu de notre droit, il est vrai. Mais de telles libéralités sont essentiellement révocables. Or, si le principe d'immutabilité n'existait pas, les modifications apportées au pacte matrimonial équivaudraient à des donations auxquelles les époux conféreraient ainsi un caractère d'irrévocabilité prohibée.

La femme n'est plus l'être faible et inexpérimenté qu'on se plaisait à voir en elle dans notre Ancien Droit. Elle jouit, depuis la loi du 18 février 1938, de sa pleine capacité civile. Elle sait donc fort bien, dit-on, se protéger elle-même contre des abus d'influence possibles.

Est-on bien sûr que le « féminisme » ait vraiment donné aux femmes une expérience et un sens des affaires qui les mettent en mesure de résister, dans le seul but de sauvegarder leurs intérêts pécuniaires, aux instances d'un mari qui a, par ailleurs, leur affection et leur confiance ? Est-on sûr que le mari n'a pas besoin, parfois, de trouver dans la loi une protection contre lui-même et contre la tentation de se dépouiller de son bien pour une compagne qu'il aime ? Ne semble-t-il pas, au contraire, que l'immutabilité du régime évite entre les époux des querelles d'intérêts ?

Quant aux tiers, leurs droits ne seront efficacement protégés que par un système cohérent de publicité du contrat de mariage et de ses modifications. Tant que nous n'en serons pas arrivés à ce stade, la protection des tiers mérite d'être considérée et elle serait compromise par la possibilité de modifications matrimoniales.

Enfin, il est indéniable que le contrat de mariage a

conservé son caractère de pacte de famille. Dès lors, les conventions matrimoniales qui ont satisfait les parents des conjoints, comme étant les plus favorables à la vie matérielle de leurs enfants, doivent demeurer intactes.

Donc malgré les multiples critiques qui lui ont été adressées, le principe d'immutabilité subsiste ; ses raisons d'être, quoique peut-être légèrement affaiblies, conservent leur valeur. L'article 1395 conserve sa place dans notre Code civil.

Dès lors, le problème de la portée dans le temps du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales reste entier. Nous pouvons à présent l'aborder.

Cette question présente un très gros intérêt pratique. Les futurs époux peuvent-ils modifier leur contrat avant la célébration du mariage et, si la réponse est affirmative, à quelles conditions ? Peuvent-ils, par testament, porter atteinte aux clauses insérées dans le contrat de mariage ? Peuvent-ils liquider leur régime, soit à la dissolution du régime, soit à la dissolution du mariage, sur d'autres bases que celles prévues au contrat ? Autant de problèmes pratiques à résoudre.

L'intérêt théorique d'une telle étude n'est pas moindre. L'immutabilité des conventions matrimoniales est, traditionnellement, considérée comme un principe d'ordre public. En effet, la notion d'ordre public traduit la prééminence des intérêts sociaux sur les volontés individuelles. Et, dans notre sujet, effectivement, ce qui est en jeu, c'est le repos des mariages, la paix des foyers, la satisfaction des familles. Le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, en tant que facteur de paix et de concorde, intéresse au premier chef la société, l'Etat. Donc, l'on comprend aisément pourquoi juris-

prudence et doctrine sont unanimes à promouvoir l'article 1395 au rang de notion d'ordre public.

Mais ce concept est essentiellement relatif, relatif dans l'espace, relatif dans le temps. Telle institution qui, aujourd'hui, est d'ordre public, ne le sera plus demain ou vice-versa ». Le mouvement des idées, dit M. Japiot [1], communique à la notion d'ordre public comme un mouvement perpétuel de flux et de reflux ». En temps normal, la validité de la clause-or ne fait pas l'ombre d'un doute. En temps de crise, par contre, elle est contraire à l'ordre public, dit-on, et, comme telle, nulle de nullité absolue. En sens inverse, les sociétés d'agents de change, prohibées avant la loi du 2 juillet 1862, ont été déclarées valables par cette loi. Et nous pourrions ainsi énumérer les exemples à l'infini.

Si la notion d'ordre public est passagère, il est pourtant impossible de prévoir le moment exact de sa disparition.

Mais, ce qui est remarquable et particulièrement intéressant dans le sujet que nous traîtons, c'est que nous pouvons, au contraire, délimiter avec une certaine précision le point de départ et le point final du principe d'immutabilité.

Il ne s'agit donc plus exactement de la notion d'ordre public, telle que nous avons l'habitude de la concevoir, notion qui se modèle sur les variations et les fluctuations d'idées, de mœurs. En matière d'immutabilité des conventions matrimoniales, nous découvrons un ordre public qui prend naissance et disparaît, à mesure que naissent et disparaissent les relations dues à la vie commune de deux êtres.

Il en est de même d'ailleurs de la prohibition des

1. *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1909, p. 316.

pactes sur succession future, qui, naturellement, disparaît au moment de l'ouverture de la succession. Nous nous trouvons, dans ces hypothèses, en présence d'un « ordre public temporaire ». Or, que deviendra la nullité, sanction de ces principes, au moment où l'ordre public, qui était en jeu, disparaîtra ?

Nous pressentons donc les problèmes que pose un tel caractère de relativité dans le temps.

Une conception simple, simpliste peut-être du problème, avons-nous dit, consiste à considérer la célébration du mariage comme le point de départ du principe, la dissolution du mariage comme son point d'aboutissement. Que devient alors l'article 1395, avant la célébration du mariage, après sa dissolution ? Est-il tellement certain que la loi et la jurisprudence le laissent sans application ? C'est ce que nous allons essayer d'élucider, en envisageant justement ces deux périodes, antérieure et postérieure au mariage. Nous négligerons donc l'application du principe d'immutabilité, au cours du mariage même, car elle ne fait aucune difficulté. Au surplus, il nous faudra aussi considérer les hypothèses où le régime matrimonial seul est dissous, sans que le mariage le soit. Aussi diviserons-nous notre étude en 3 parties :

Titre I. *Avant la célébration du mariage.*
Titre II. *Après la dissolution du régime matrimonial.*
Titre III. *Après la dissolution du mariage.*

Mais, avant d'aborder le Titre premier, il nous faut préciser ce que nous entendons, d'une part, par « conventions matrimoniales », d'autre part, par « modifications » aux conventions matrimoniales. C'est ce que nous ferons dans un Chapitre préliminaire.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Section 1

Notion de « conventions matrimoniales »

Les conventions matrimoniales sont les clauses du contrat de mariage qui ont pour objet de régler les intérêts pécuniaires des époux, de fixer la condition juridique des biens, leur administration, les bases de la liquidation et du partage lors de la cessation de la vie commune.

Or s'il est certaines clauses du contrat de mariage qui, incontestablement, sont des conventions matrimoniales, et s'il en est d'autres qui, à coup sûr, sont des stipulations étrangères aux conventions matrimoniales, par contre, les controverses s'élèvent, ardentes, autant que délicates, lorsqu'il s'agit de préciser le caractère exact d'une troisième catégorie de conventions — Nous voulons parler des libéralités. Eliminons rapidement les deux premiers points pour nous appesantir sur le troisième.

§ 1. — Clauses constituant des conventions matrimoniales.

1° *Adoption expresse ou tacite du régime.*

Présentent manifestement le caractère de conventions matrimoniales les clauses portant adoption d'un régime matrimonial quelconque et toutes les clauses gravitant

autour de ce régime, clauses de préciput, de reprise d'apport franc et quitte, d'attribution totale de la communauté.

A défaut de conventions expresses, l'adoption tacite du régime de communauté est aussi traditionnellement considérée comme une convention matrimoniale. Faut-il en dire autant de l'hypothèse inverse, assez rare il est vrai, dans laquelle les époux se réfèrent, dans leur contrat de mariage, au régime de communauté ? L'affirmative ne semble pas douteuse [1].

La reproduction dans le contrat de dispositions légales constitue une convention matrimoniale au même titre que les stipulations purement contractuelles. Et, par suite, l'adoption du régime de communauté légale doit être placée sur le même plan que celle de tout autre régime matrimonial.

2° *Institution contractuelle.*

Après avoir considéré, comme conventions matrimoniales, l'adoption du régime et les clauses gravitant autour de ce régime, il nous reste à classer encore sous cette rubrique certaines donations spéciales, les donations de biens à venir. Comme le dit très justement l'arrêt de la Cour de Rouen du 15 décembre 1891 [2], « il n'est pas contestable que les institutions contractuelles que font les époux l'un au profit de l'autre dans le contrat de mariage sont des conventions matrimoniales ».

1. Un arrêt ancien de la Cour de Cassation du 9 juillet 1806 (D., 1806.1. 262), semble au contraire affirmer que le fait d'adopter dans un contrat des règles légales n'aurait pas pour effet de leur donner le caractère de dispositions contractuelles. Mais ce raisonnement est inadmissible, les stipulations sur lesquelles l'accord de volonté des deux parties s'est réalisé sont, sans aucun doute, contractuelles. La solution contraire aboutirait à rendre des dispositions légales plus fragiles, moins intangibles, que des clauses adoptées par les contractants en dehors de la loi.

2. D., 1892.2.437.

Cette solution ne peut être mise en doute, car l'institution contractuelle n'est valable que si elle est faite dans le contrat de mariage (art. 1082, 1083, 1087). En effet, elle devrait être prohibée au titre de pacte sur succession future, ce n'est que par faveur pour le mariage et la famille à naître qu'elle est permise. Il est donc évident que toutes les règles propres au contrat de mariage s'appliqueront nécessairement aux dispositions dont ce contrat est le cadre nécessaire.

C'est ce qu'a fort bien exprimé un arrêt de la Chambre civile du 19 juin 1872[1], annulant une institution contractuelle dans un contrat de mariage nul, car « la disposition de l'article 1398 qui comprend, en termes exprès, toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible s'applique nécessairement aux donations qui, par une faveur spéciale, ne peuvent être faites aux époux que par contrat de mariage et qui constituent une partie indivisible des conventions matrimoniales ».

C'est pourquoi nous distinguons les institutions contractuelles des autres libéralités, de celles portant sur des biens présents, car ces dernières sont valables, même en dehors du contrat de mariage.

Donc l'institution contractuelle, comme toute autre convention matrimoniale est immuable. Ceci est assez remarquable à constater, car il en résulte que, des trois sortes d'héritiers qui existent dans notre droit, à savoir les héritiers *ab-intestat*, les héritiers testamentaires et les héritiers institués par contrat de mariage, ces derniers sont les plus sûrs de l'être. Car le testament peut être révoqué, la succession *ab intestat* peut être évincée par la succession testamentaire (sous réserve des droits des

1. S., 1872.1.282.

réservataires), seule, l'institution d'héritier faite par contrat est intangible.

Ainsi nous avons terminé la liste des conventions, qui, sans l'ombre d'un doute, constituent des conventions matrimoniales.

§ 2. — Clauses étrangères aux conventions matrimoniales.

Les contrats de mariage contiennent parfois des stipulations étrangères aux conventions matrimoniales proprement dites. Il y a, en ce cas, deux contrats distincts, régi chacun par les principes qui lui sont propres.

1° *Vente.*

Ainsi une convention à titre onéreux, telle qu'une vente ne se trouve que matériellement reliée au contrat de mariage ; et, par suite, une mineure bien que valablement habilitée à faire son contrat de mariage, ne peut procéder à une vente « si cette vente a été constatée par le même acte que le contrat de mariage ; cette circonstance matérielle ne peut avoir pour résultat de conférer à cette vente le caractère d'une convention matrimoniale »[1].

2° *Bail.*

De même, s'il a été fait un bail en même temps que le contrat de mariage et par le même acte, l'article 1395 ne s'oppose pas à ce que des changements y soient apportés pendant le mariage, d'accord entre les parties. Il a pourtant été jugé[2] dans une espèce où les immeubles de la future épouse avaient été affermés à ses père et mère dans le contrat de mariage, qu'une remise consentie

1. Grenoble, 5 août 1859, S., 1861.2.21.
2. Nîmes, 5 février 1852, D., 1855.5.112.

par les époux sur le prix du bail était nulle, comme constituant un changement aux conventions matrimoniales. Cette décision paraît contestable, elle ne pourrait se justifier que si le bail était lié aux autres clauses du contrat, de telle sorte qu'une modification de cette convention particulière entraînât un changement dans le régime matrimonial des époux, par exemple, si, en vertu du contrat de mariage, les fermages appartenaient au mari, à titre de fruits, pour supporter les charges du ménage [1].

3° *Mandat.*

De même encore, l'autorisation de faire le commerce, donnée à la femme par le mari, n'est pas une convention matrimoniale, bien qu'elle ait été donnée par contrat de mariage, et, dès lors, l'article 1395 ne s'oppose pas à ce que le mari révoque cette autorisation au cours du mariage [2] « attendu, dit cet arrêt, que le mandat donné par contrat de mariage est révocable, comme tout autre mandat »..

§ 3. — Libéralités.

S'il faut donc, indubitablement, admettre, au titre de conventions matrimoniales, certaines clauses du contrat de mariage, et en exclure certaines autres, dans quelle catégorie peut-on classer les libéralités ? Nous nous sommes déjà expliqué au sujet des donations de biens à venir qui, n'étant valables qu'insérées dans un contrat de mariage, sont forcément des conventions matrimoniales. Mais que décider pour les donations de

1. Laurent, *Principes du droit civil français*, t. XXI, n° 71.
2. Bordeaux, 13 novembre 1873, S., 1874.2.193.

biens présents, pour lesquelles le contrat de mariage n'est qu'un cadre occasionnel et non une condition de validité ? La majorité de la doctrine les regarde comme des conventions matrimoniales [1], mais il y a quelques dissidences néanmoins [2].

La question est délicate, en effet, car de telles donations semblent être soumises à des normes spéciales, et s'affranchir maintes fois de la réglementation qui est celle du contrat de mariage, Leur point de départ semble être différent de celui du contrat, leur nullité ne pas entraîner cette du contrat et, vice-versa, l'anéantissement du contrat ne pas les atteindre. Etudions, point par point, ces différentes allégations.

1° *Point de départ des libéralités.*

Tout d'abord, le point de départ des effets du contrat de mariage paraît ne pas coïncider avec l'entrée en vigueur des libéralités. Car, si le contrat est un acte éventuel, étroitement subordonné à la réalisation du mariage, et, par suite, s'il prend effet, sans rétroactivité, au jour de la célébration de ce dernier, la libéralité par contre « est subordonnée à la célébration du mariage comme elle le serait à une condition suspensive proprement dite ; elle rétroagit, par conséquent, à la date de la rédaction du contrat de mariage » [3].

C'est ainsi que, le 26 janvier 1847 [4], la Chambre des Requêtes a décidé que la vente faite par le futur, dans

1. Laurent, *op. cit.*, t. XXI, n° 72 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 101 ; — Colin et Capitant, 5e édit., t. III, p. 28.

2. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 10e édit., t. III, n° 817 ; — Bartin, sur Aubry et Rau, 5e édit., t. VII, § 503 bis, textes et notes 10 bis et 11.

3. Bartin, sur Aubry et Rau, t. VII, § 501, p. 475.

4. Req., 26 janvier 1847, S., 1847.1.147.

l'intervalle du contrat à la célébration, d'immeubles qu'il avait donnés, par cet acte, à la future, était nulle comme vente de la chose d'autrui. Elle affirme donc que la donataire a été propriétaire des objets donnés, du jour du contrat.

Un deuxième arrêt, du 7 février 1872[1], se prononce dans le même sens. Il s'agissait de savoir si un créancier du mari pouvait faire révoquer, par l'action paulienne, une libéralité faite en fraude de ses droits par le débiteur à sa future femme, dans le contrat de mariage. La difficulté provenait de ce que le droit du créancier n'était né qu'après le contrat de mariage, mais avant le mariage. Si la libéralité prenait effet dès le jour du contrat, le droit du créancier était postérieur à l'acte frauduleux et l'action paulienne devait lui être refusée. Et c'est en effet ce qu'a décidé la Cour de Cassation.

Ces deux arrêts sont-ils suffisamment convainquants pour que l'on puisse, en se fondant sur eux, affirmer une distinction entre les libéralités matrimoniales et les conventions matrimoniales proprement dites ?[2]. Il ne nous paraît pas. Lisons, en effet, les motifs de ces arrêts. Que nous disent-ils ? « le contrat de mariage, soumis à la condition de la célébration produit effet du jour du contrat lorsque la célébration a levé la condition, l'accomplissement de la donation ayant un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». Voici, nous semble-t-il, un langage qui exclut toute différenciation. La solution donnée est générale. Le contrat de mariage, dans son intégralité, est un acte conditionnel et non pas seulement certaines de ses dispositions.

1. Civ., 7 février 1872, S., 1872.1.73.
2. Comme le fait M. Lacointa, sous Civ., 18 décembre 1878, S., 1881. 3.533.

D'ailleurs, un troisième arrêt, du 18 décembre 1878[1], vient corroborer cette thèse, en affirmant la rétroactivité du contrat de mariage, dans une espèce où il n'était nullement question de libéralités, mais d'immeubles acquis par la femme dotale dans l'intervalle entre le contrat et le mariage, en échange de biens dotaux. Et il fut décidé que de tels biens seraient dotaux.

Ce que vaut cette thèse de la rétroactivité du contrat de mariage, nous ne nous en préoccupons pas pour l'instant. Nous aborderons ce problème dans le Titre premier de notre étude. Retenons simplement que ces arrêts n'établissent pas, d'une façon aussi catégorique que certains auteurs l'ont affirmé, une distinction entre conventions matrimoniales et libéralités.

2° *Influence de la nullité du contrat de mariage sur la nullité des libéralités matrimoniales et réciproquement.*

a) En deuxième lieu, la nullité du contrat, avons-nous dit, n'entraîne pas inévitablement celle des libéralités qui y sont contenues. Il est rare pourtant que le vice de l'un n'ait pas de répercussions sur l'existence de l'autre, car la donation, privée du soutien que constituait pour elle le contrat, ne présentera plus les éléments nécessaires à sa validité. Lui feront défaut, et la présence de deux notaires, et l'acceptation expresse du donataire.

Mais l'anéantissement de la libéralité provient donc de l'absence de ses éléments constitutifs, il n'est pas la suite forcée et inéluctable de la nullité du contrat de mariage. Il résulte de cette interprétation que, dans certains cas, la donation pourra néanmoins subsister, spécialement dans l'hypothèse où elle a pour objet des meubles corporels ou des titres au porteur et où remise

1. Civ., 18 décembre 1878, S., 1881.1.353.

de ces objets a été faite par le constituant à l'époux, *animo donandi*. Cette tradition constitue un don manuel, valable.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Nîmes, du 30 août 1854[1] « de la nullité des stipulations matrimoniales, il ne suit pas nécessairement que les autres conventions contenues audit acte soient également nulles, si pour les faire on s'est conformé aux prescriptions de la loi ».

Le fait de valider la donation à titre de don manuel a-t-il bien cependant la signification que des auteurs tels que MM. Hémard et Capitant lui prêtent[2] ? Implique-t-il vraiment une telle indépendance des libéralités par rapport au contrat de mariage, une telle désolidarisation de celles-ci par rapport au sort de celui-là ? Nous ne le croyons pas. A notre avis, lorsque le contrat de mariage est nul, est nulle aussi la donation qu'il contient. Et la validité du don manuel ne s'explique que par son caractère de libéralité *nouvelle*, indépendante du contrat de mariage.

Donc nous ne pouvons, cette fois encore, être aussi tranchant dans nos affirmations. La nullité du contrat de mariage semble bien englober toutes les dispositions de celui-ci, y compris les libéralités.

b) Par contre, un contrat de mariage reste parfaitement valable, nonobstant la nullité des libéralités matrimoniales. Lorsque celles-ci disparaissent, soit pour défaut de capacité dans la personne du constituant, soit par révocation pour cause de survenance d'enfants, le régime adopté par les époux n'en subsiste pas moins.

1. S., 1854.2.643, note Devilleneuve.
2. Capitant, sous Montpellier, 16 décembre 1901, D., 1907.2.241 ; — Hémard sous même arrêt, S., 1905.2.184.

Cet argument n'est pas plus concluant que tous les autres précités. En effet, par une série d'arrêts rendus dans le même sens, la Cour de Cassation a solennellement admis qu'il n'y a pas d'indivisibilité entre les clauses diverses du contrat de mariage et que la nullité des unes n'entraîne pas nécessairement celle des autres. Le principe est vrai, non seulement en ce qui concerne les conventions étrangères au régime matrimonial, mais aussi en ce qui concerne les conventions matrimoniales proprement dites[1].

C'est ce que déclare la Cour de Cassation, une première fois dans l'arrêt des Chambres réunies du 21 juin 1892[2] « sans doute, les dispositions d'un contrat de mariage, comme celles de tout autre contrat ne sauraient être arbitrairement scindées ; mais il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse s'y rencontrer certaines clauses dont la nullité restera isolée et n'entraînera pas la nullité du surplus ». Et l'affirmation est répétée le 30 novembre 1908[3] « cette prétendue indivisibilité n'existe, ni en droit, puisqu'elle n'est nulle part écrite dans la loi et ne résulte pas nécessairement, par ailleurs, d'aucun des principes de la matière, ni en fait, puisque les autres stipulations du contrat n'en auraient pas moins conservé toute leur valeur et toute leur utilité, au cas où celle dont il s'agit n'aurait pas été insérée ».

Ainsi le principe de divisibilité s'applique tout autant aux conventions matrimoniales proprement dites qu'aux libéralités. Nous n'en pouvons tirer argument, ni dans un sens, ni dans un autre.

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, par Nast, n° 88.
2. D., 1892.1.369.
3. Civ., 30 novembre 1908, D., 1909.1.418.

Arrivé donc au terme de notre raisonnement, nous n'avons pas découvert de différence de régime suffisante pour étayer une thèse de différenciation entre les deux sortes de dispositions que nous étudions.

Y en aurait-il, peut-être, entre les notions mêmes de « libéralité » et de « convention matrimoniale » ? La plupart des auteurs se sont très peu préoccupés de cet aspect de la question. Seul, l'a abordée et amplement développée M. Bartin dans une de ses notes dans laquelle, d'ailleurs, il soutient une opinion opposée à celle de MM. Aubry et Rau[1].

« La libéralité matrimoniale, dit-il, je veux dire la donation faite en contrat de mariage, présente un caractère d'institution familiale, que la convention matrimoniale, qui a pour objet la réglementation temporaire des intérêts pécuniaires d'un ménage nécessairement viager, ne présente pas ».

En effet, dit M. Bartin, lisons l'article 1082 établissant que l'institution contractuelle, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage ; la destination réelle de ces libéralités, leur destination familiale y est démontrée clairement. Par contre, les préoccupations de la famille future, des intérêts matériels des descendants se traduisent moins directement par l'adoption d'un régime matrimonial quelconque et des clauses s'y rapportant. Ainsi, d'après M. Bartin, c'est le caractère plus ou moins familial de la disposition qui constitue le critérium, qui marque nettement la différence entre les libéralités et les conventions matrimoniales.

1. BARTIN, sur AUBRY et RAU, t. VII, § 708, notes 10 et § 439.

Nous ne croyons pas que ce raisonnement doive être accepté, dans sa rigidité absolue.

D'une part, nous semble-t-il, l'argument fondé sur l'article 1082 ne peut être retenu, car il a trait à une disposition à laquelle, justement, le caractère de convention matrimoniale n'a jamais été dénié, l'institution contractuelle. Ce texte, bien plus, va à l'encontre même de la thèse soutenue par M. Bartin, puisqu'il prouve que le caractère d'institution familiale se retrouve dans certaines clauses qui, indubitablement, sont des conventions matrimoniales.

D'ailleurs, c'est l'intérêt même de la famille naissante qui domine un régime tel que le régime dotal. Il s'agit avant tout de conserver intactes les ressources nécessaires aux besoins du ménage, aux charges familiales et d'assurer la transmission de la dot intacte aux enfants à naître. Peu importe que, dans ce cas, les enfants ne soient protégés qu'indirectement, alors qu'en matière de libéralité et spécialement d'institution contractuelle, les enfants à naître ont un droit individuel prédéterminé[1].

Donc la destination familiale se retrouve au même titre dans les conventions matrimoniales et dans les libéralités. A ce point de vue encore, les distinctions entre elles ne peuvent être fondées. Et nous en arrivons à conclure et à proclamer que les libéralités sont des conventions matrimoniales, ce que, d'ailleurs, M. Bartin lui-même semble concéder, peut être avec quelque regret « sans doute, je reconnais que toute donation faite par contrat de mariage est une convention matrimoniale en même temps qu'une libéralité ».

Mais, si les libéralités, étant des conventions matri-

1. BARTIN, sur AUBRY et RAU, t. VIII, § 537, note 2 quinquies.

moniales, sont soumises au principe d'immutabilité, comme les autres clauses dignes de ce nom, ne faut-il pas combiner ce principe avec une autre règle, tout-à-fait particulière aux libéralités, celle de l'irrévocabilité ? M. Bartin[1] est le seul auteur, à notre connaissance, qui ait envisagé cet aspect de la question et qui ait tenté de mettre en lumière la combinaison de ces deux normes. A l'appui de son argumentation, il invoque les articles 1082, 1084, 1086, permettant dans un contrat de mariage, et les donations de biens à venir, et les donations avec charge de payer un passif indéterminé du donateur, enfin les donations avec réserve du droit de disposition.

Or, affirme M. Bartin « la convention matrimoniale présente des caractères tout différents. Elle est immuable ce qui signifie d'abord qu'elle ne comporte pas, comme telle, l'adjonction de conditions du genre de celles qu'autorise l'article 1086 pour les libéralités. En second lieu, que ... elle ne saurait avoir pour objet de réserver à l'un quelconque des conjoints, pendant le mariage, la possibilité d'une option de nature à modifier définitivement les effets du régime ou les garanties qui y sont attachées ».

Mais, à notre avis, dans les hypothèses que M. Bartin cite ainsi, si le principe d'immutabilité est en effet écarté, le principe d'irrévocabilité l'est aussi, les articles 1082, 1084 et 1086 excluant en effet l'application de la règle traditionnelle « donner et retenir ne vaut ».

Peut-être est-il juste de dire, comme le prétend M. Bartin, que, dans la mesure où le principe d'irrévocabilité s'applique aux donations par contrat de mariage (mais alors exclusion faite des articles précités, qui sont, tout

1. BARTIN, sur AUBRY et RAU, t. VII, § 503 *bis*, note 11.

au contraire, des dérogations à ce principe), il peut s'opposer à la règle de l'immutabilité. Et, qu'en définitive la première spéciale aux donations, doit l'emporter « *Specialia generalibus derogant* ».

Mais nous ne voyons pas très bien, en pratique, dans quelles hypothèses le heurt peut se produire. Dans les cas cités par M. Bartin, c'est plutôt d'une harmonie dont il s'agit, puisque les deux principes sont également exclus.

La question reste donc délicate, mais nous penchons plutôt vers une assimilation des libéralités aux conventions matrimoniales, avec, peut-être, cette réserve, quant à elles, de la juxtaposition des deux règles, l'une générale, celle de l'immutabilité, l'autre particulière, celle de l'irrévocabilité.

Section 2

Notion de « modifications aux conventions matrimoniales »

Il nous faut à présent distinguer les actes contraires au principe d'immutabilité de ceux qui demeurent compatibles avec lui.

§ 1. — Actes interdits par le principe d'immutabilité.

La première conséquence — évidente — du principe d'immutabilité est l'impossibilité pour les époux de changer, par leur seule volonté, la nature de leur régime matrimonial.

Le principe d'immutabilité leur interdit aussi d'appor-

ter à ce régime une simple modification partielle n'altérant que l'une ou quelques-unes de ses règles.

Les donations contenues dans le contrat de mariage, étant des conventions matrimoniales, comme nous venons de le démontrer, sont immuables également.

Enfin, la jurisprudence trouve dans le principe d'immutabilité du régime matrimonial un argument en faveur de la nullité des sociétés entre époux.

1° *Modifications affectant l'ensemble du régime.*

Les époux ne peuvent pas changer leur régime matrimonial, fixé lors de la célébration du mariage par leurs conventions ou par la loi ; ils ne peuvent pas, par exemple, passer du régime de séparation de biens au régime dotal, ou vice-versa. D'autre part, il leur est interdit de rédiger leur contrat après la célébration du mariage (art. 1394).

Une Cour d'appel[1] a même refusé d'admettre une action en inscription de faux tendant à établir qu'un contrat de mariage, portant une date postérieure à la célébration du mariage, avait, en fait, été rédigé avant le mariage. Il est également interdit, toujours dans le même ordre d'idées, de confirmer, au cours du mariage, un contrat de mariage nul. Car, tant l'action en inscription de faux que la confirmation équivaudraient à substituer un régime contractuel au régime de communauté légale.

Pour la même raison enfin, sont prohibés les régimes successifs, soit à terme, soit même sous condition, malgré la rétroactivité de celle-ci, car, et nous développerons ce point dans notre titre troisième, si la rétroactivité peut entrer en jeu pour les contrats instantanés, elle est impuissante dans les contrats successifs où la situation de fait qui s'est déroulée ne peut être effacée ni masquée.

1. Pau, 3 mars 1909, S., 1910.2.77.

2° *Modifications partielles.*

Les modifications partielles de régime matrimonial constituent une atteinte au principe d'immutabilité, au même titre que les modifications affectant l'ensemble du régime ; soit que les époux veuillent apporter des changements à la condition juridique des biens, en faisant entrer, par exemple, dans la masse commune, des biens auxquels le contrat de mariage ou la loi attribue le caractère de propres ; soit qu'ils modifient les pouvoirs d'administration que l'un ou l'autre possède, en vertu de la loi ou de leur convention spéciale, soit enfin qu'ils procèdent au règlement de leurs droits respectifs, avant la dissolution du régime.

3° *Modifications des libéralités.*

Les donations contenues dans le contrat de mariage sont des conventions matrimoniales, avons-nous dit. Il ne peut donc y être apporté aucune modification. Mais l'application de l'article 1395 aux libéralités ne va pas sans difficulté. Il s'agit en effet de le concilier avec la règle de la validité des donations entre époux (art. 1096). Aussi la jurisprudence, croyant avoir réussi à effectuer cette conjugaison des deux principes, distingue-t-elle entre les libéralités extensives et restrictives d'une part, entre les renonciations abdicatives et translatives d'autre part[1]. Une renonciation est abdicative lorsque l'époux bénéficiaire de la libéralité y renonce purement et simplement ; elle est translative lorsque le bénéficiaire,

1. LAURENT, t. XXI, n° 78 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 103 et 113 ; — COLIN-CAPITANT, III, p. 32 ; — JOSSERAND, III, n° 442 ; — PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, 3, n° 817 ; — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. VIII, par Nast, n° 58 ; — SAVATIER *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, « *Rev. trim.* », 1921, p. 114.

par sa renonciation, dispose de la libéralité en faveur d'une tierce personne. Dans ce dernier cas, affirme la jurisprudence, loin de porter atteinte aux stipulations matrimoniales, elle en suppose alors l'exécution.

D'autre part, dit toujours très subtilement la jurisprudence, augmenter une libéralité n'est pas la modifier, seule une restriction des droits du bénéficiaire constitue un véritable changement. Et l'on peut ainsi parler de « sens unique de la prohibition ». Ne nous étendons pas sur les détails d'application de cette jurisprudence, car nous la retrouverons en étudiant les modifications testamentaires portant sur les libéralités.

4° *Sociétés entre époux.*

Sont enfin nulles, pour atteinte, et à la puissance maritale, et à l'immutabilité des conventions matrimoniales, les sociétés entre époux. Et la jurisprudence, tout à plaisir, dirait-on, donne à cette nullité un champ d'application aussi vaste que possible. Elle refuse, comme le propose la doctrine[1], d'appliquer la nullité seulement au cas où c'est dans le but manifeste de porter atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales que les époux ont constitué la société.

Remarquons en passant que la loi du 18 février 1938, abolissant la puissance maritale, semble avoir fait disparaître l'une des bases de la nullité. Seul, vaut encore l'argument fondé sur l'article 1395. Ne conviendrait-il pas alors de valider les sociétés constituées avant mariage qui, à coup sûr, n'apportent pas de modifications à un régime matrimonial inexistant encore ?

1. Laurent, t. XXVI, n° 40 ; — Colin Capitant, II, p. 32 ; — Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. XI, n° 1003 ; — Labbé, note, S., 1890. 1.49 ; — Hémard, note, S., 1905.1.41 ; — Naquet, note, S., 1921.1.201 ; — Bouvier-Bangillon, note, D., 1912.1.481.

§ 2. — Actes compatibles avec le principe d'immutabilité.

Le principe d'immutabilité du régime matrimonial, en interdisant aux époux de modifier directement ou indirectement le régime adopté, restreint évidemment leur liberté d'action, mais ne paralyse pas, quoiqu'on en ait dit, leur vie juridique.

1° *Contrats entre époux*[1].

C'est ainsi que l'article 1395 laisse aux conjoints la faculté de faire entre eux tous les contrats que la loi ou la jurisprudence ne leur interdisent pas, et cette latitude présente un intérêt particulier en ce qui concerne le mandat et la donation entre époux.

Certains textes prévoient expressément de tels actes : les articles 1420, 1539, 1577, 1578, 1580, 1096. Le plus souvent, en fait, c'est la femme séparée de biens ou dotale qui charge le mari de l'administration de ses biens personnels ou paraphernaux. Mais il arrive fréquemment aussi que le mari donne mandat à la femme de gérer les biens qu'il a pouvoir d'administrer, biens dotaux, propres de la femme et même biens communs ; tout au moins le mandat doit-il être spécial pour ces derniers. En combinant mandats et donations, les conjoints peuvent remanier de fond en comble leur statut matrimonial[2].

Mais l'atteinte au principe d'immutabilité n'est que faible, en droit, car ces contrats, étant essentiellement révocables, les modifications qu'ils apportent au régime matrimonial ne sont jamais définitives et irrémédiables.

1. Lalou, *Des contrats entre époux*, dans *Mélanges Capitant*, p. 417. Cl. Mazin, *Rép. gén. Not.*, 1939, p. 181.
2. Savatier, article précité, p. 107.

2° *Conventions interprétatives.*

Les conventions simplement interprétatives du contrat de mariage sont valables. Encore faut-il qu'elles ne constituent pas, sous prétexte d'interprétation, une véritable modification du pacte matrimonial. La Cour de Riom a, pour ce motif, déclaré nulle une prétendue convention interprétative qui n'était, en fait, que l'adjonction d'une sûreté nouvelle non prévue au contrat[1].

3° *Mode d'exécution.*

On ne peut considérer comme modification aux dispositions matrimoniales un simple changement dans le mode de paiement de la dot promise. La jurisprudence déclare valables les dations en paiement les plus variées, qui sont l'espèce la plus fréquente de ce genre de conventions, dations d'un immeuble en paiement d'une dot stipulée en argent, paiement en capital d'une dot stipulée payable sous forme de rente viagère, et même démission en faveur de son gendre de la place de percepteur des Contributions Directes du père de la future épouse qui ne pouvait payer en numéraire la dot promise[2].

4° *Système des équivalences.*

Enfin une théorie récente affirme valable tout acte, même préjudiciable à l'un des conjoints, mais conforme aux prévisions du contrat. Deux arrêts ont été rendus dans ce sens sur le rapport de M. Pilon, le promoteur de ce système, dit « système des équivalences ».

Il s'agissait, dans l'arrêt de la Chambre des requêtes du 37 novembre 1934[3] d'un contrat de mariage portant

1. Civ., 14 novembre 1898, D., 1899.1.40.
2. Req., 2 mars 1825, J.G. *Contrat de mariage*, n° 379.
3. Req., 27 novembre 1934, D., 1935.1.29.

adoption du régime dotal avec société d'acquêts, et contenant une clause conçue dans les termes suivants : « la future épouse aura le droit de toucher annuellement sur de simples quittances, pour en faire tel emploi qu'elle jugera convenable, le quart des revenus de la succession de son père et le quart des revenus de la succession de sa mère ».

Les parents meurent, la femme ne réclame pas le bénéfice de cette clause, mais après s'être remariée, elle se ravise et exige de son premier mari la restitution des sommes qu'elle n'a pas touchées, car il serait contraire au contrat et à l'immutabilité des conventions matrimoniales de laisser bénéficier la société d'acquêts de ces sommes. Mais la Cour de Cassation décide, à l'encontre de la femme, que le contrat de mariage n'a fait que lui accorder un droit d'option, que, n'ayant pas réclamé ces revenus, elle a réalisé « un abandon volontaire et d'après les prévisions de son contrat de mariage, d'un droit de jouissance ».

Et l'arrêt ajoute : « prévue par le pacte matrimonial, sa réalisation, avec ses conséquences possibles, fussent-elles désavantageuses pour la femme, ne sont pas des modifications au pacte, elles n'en sont que l'exécution ».

C'est exactement la même formule qu'emploie la Cour de Cassation dans le deuxième arrêt annoncé[1]. Il s'agissait d'un remploi tardif ; la déclaration de remploi avait eu lieu sept ans après l'acquisition. La Cour de Cassation déclara un tel remploi valable entre les parties. Pourtant, une clause du contrat de mariage avait ordonné d'effectuer le remploi « conformément aux règles du Code civil ». Là encore, la Cour décide que si le remploi n'a pas été

1. Req., 17 mai 1938, D., 1938.1.73.

fait conformément aux prescriptions de l'article 1434, il n'en aboutit pas moins « à des résultats équivalents ».

Cette théorie est très intéressante, en ce qu'elle limite la notion de « modifications aux conventions matrimoniales », tout en appliquant très scrupuleusement le principe d'immutabilité. Il est assez curieux d'arriver ainsi à restreindre la portée de l'article 1395, par cela même que l'on affirme une fidélité totale à l'égard du contrat de mariage. Ceci est d'ailleurs tout en faveur du système des équivalences. En effet, le grand grief que nous adresserons ultérieurement à la jurisprudence, c'est d'en arriver, par les restrictions qu'elle impose, dans le temps, au principe d'immutabilité, à ne jamais appliquer certaines clauses du contrat, et, par suite, à rejeter en fait, le principe d'immutabilité, même au cours du mariage.

TITRE PREMIER

Avant la célébration du mariage

En règle générale, la doctrine, la jurisprudence, les textes, se prononcent en faveur de l'inapplicabilité du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, avant la célébration du mariage. Il n'est pas douteux, en effet, et nous ne le contestons pas, que les époux sont libres de modifier, jusqu'à la célébration du mariage, leurs dispositions matrimoniales.

Mais de là à affirmer l'inefficacité totale, radicale, complète du principe d'immutabilité, avant la célébration du mariage, il y a un pas. Ce que nous avons, au contraire, cru pouvoir dégager, et de certains textes, et peut-être de la doctrine, à coup sûr d'une partie de la jurisprudence, c'est un certain rayonnement du principe d'immutabilité, une certaine projection dans le temps de l'article 1395, dès avant la célébration du mariage.

Le principe s'essaie déjà à la vie juridique, dans laquelle il se déploiera, plus tard, en pleine lumière. Et c'est cette période d'avant-garde, si l'on peut s'exprimer ainsi, qui nous a paru digne d'une étude plus approfondie.

Nous diviserons donc ce Titre Premier en deux chapitres :

Chapitre I. — *Inapplicabilité, en règle générale, du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, avant la célébration du mariage.*

Chapitre II. — *Rayonnement du principe d'immutabilité, dès avant la célébration du mariage.*

CHAPITRE PREMIER

INAPPLICABILITÉ, EN RÈGLE GÉNÉRALE, DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES, AVANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

Envisageons successivement, sur ce point, les indications que nous donnent les textes, la jurisprudence, la doctrine.

Section 1

Textes du Code

Le siège de notre matière, l'article 1395, dispose, d'une manière décisive que « les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement *après la célébration du mariage* ». Ce texte, à lui tout seul serait suffisant, parce que décisif. Mais les rédacteurs du Code, après avoir ainsi énoncé le principe de manière générale, ont pris soin de le rappeler dans d'autres articles, qui en constituent l'application spéciale aux différents régimes matrimoniaux.

C'est l'article 1399 d'après lequel « la communauté commence du jour du mariage », l'article 1402 « tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété *antérieu-*

rement au mariage »; l'article 1404 alinéa 1er « les immeubles que les époux possèdent *au jour de la célébration du mariage...* n'entrent point en communauté ».

En faveur de cette solution, on peut même tirer argument de l'alinéa 2 de l'article 1404 si souvent invoqué, au contraire, à l'appui d'une solution inverse : « si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté ». Cet article, en effet, ne signifie pas du tout que, dans l'hypothèse envisagée la communauté sera censée exister, relativement à l'immeuble dont il s'agit, avant la célébration du mariage. Ce texte indique, au contraire, par l'emploi du futur, « l'immeuble *entrera* dans la communauté », que cet immeuble ne sera commun qu'à partir du moment où la communauté existera, c'est-à-dire à partir de la célébration du mariage. L'article 1404 n'a d'autre but que de fixer, dans une hypothèse particulière, la composition de l'actif commun.

Le Code s'exprime d'une façon analogue pour le régime dotal. *Art.* 1549 : « le mari seul a l'administration des biens dotaux *pendant le mariage* ». *Article* 1554 : « les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués *pendant le mariage* ». *Article* 1561 : « les immeubles dotaux... sont imprescriptibles *pendant le mariage* »[1]. — Remarquons la répétition constante des expressions « pendant le mariage », « mari », « femme », laissant bien entendre que la loi envisage des personnes unies par le mariage ayant la qualité de mari et femme.

1. Voir également les articles 1401, 1403, 1405, 1407, 1408, 1410, 1498, 1512.

Section 2

Jurisprudence

Comment les tribunaux, chargés d'interpréter et d'appliquer la loi, ont-ils résolu cette question du point de départ de l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Il nous semble qu'ils adoptent, eux aussi, le jour de la célébration du mariage.

§ 1. — Possibilité de confirmation de la nullité du contrat de mariage.

Nous nous appuyons, pour ce dire, sur de nombreux arrêts curieux et intéressants, qui ont admis la possibilité de confirmer, avant la célébration du mariage, la nullité du contrat.

Dans la théorie de la confirmation des nullités, théorie moins stable et assurée que la plupart des manuels ne la présentent, il est au moins une règle universellement reconnue. Confirmer une nullité, c'est-à-dire y renoncer, est impossible lorsque la nullité est d'ordre public. Les intérêts privés sont impuissants à fouler aux pieds et à méconnaître les impératifs catégoriques basés sur l'intérêt social et général. Or nous avons vu que le principe d'immutabilité, mettant en jeu le repos des mariages, la paix des foyers, la satisfaction des familles, intéressant donc la société et l'Etat, est un principe d'ordre public.

D'autre part, c'est par suite du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales que la jurisprudence affirme le caractère absolu des nullités de contrat de

mariage, qu'il s'agisse de nullités sanctionnant un défaut de forme ou même qu'il s'agisse de nullités prononcées en raison de l'incapacité de l'un des époux ou d'un vice dont son consentement a été affecté. En effet, il ne saurait dépendre de la volonté des époux ou de l'un d'eux, en demandant ou en s'abstenant de demander la nullité du contrat, de substituer, un jour, et à leur gré, au régime contractuel la communauté légale, ou bien de s'en tenir au régime adopté. Les nullités des contrats de mariage, dit un arrêt de la Cour de Rennes[1], peuvent être invoquées par toute personne intéressée à s'en prévaloir, cette exception est fondée sur la nature spéciale du contrat de mariage, et découle nécessairement du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; s'il en était autrement, et si l'époux incapable pouvait seul faire prononcer la nullité de son contrat de mariage, il en résulterait qu'il pourrait, à son gré, en invoquer ou en répudier les dispositions, que les droits de son conjoint et ceux des tiers resteraient incertains, et qu'on arriverait ainsi à détruire cette unité et cette fixité que le législateur a voulu assurer aux stipulations matrimoniales ».

Donc, dès que joue le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, une confirmation de la nullité du contrat de mariage est inconcevable. — Dès lors, admettre, comme le fait la jurisprudence, une telle confirmation avant la célébration du mariage, équivaut à affirmer clairement que le principe d'immutabilité ne s'applique pas encore. Et, de même que de nombreux arrêts permettront une confirmation postérieure à la dissolution du mariage car, disent-ils — et

1. Rennes, 4 mai 1878, S., 1880.1.106.

c'est la formule consacrée — « les motifs d'ordre public sur lesquels reposait la nullité n'existent plus, et il ne s'agit entre les parties que d'intérêts privés »[1], de même la confirmation est possible, avant la célébration du mariage, car ces mêmes motifs d'ordre public sur lesquels est fondé le caractère de la nullité n'existenf pas encore. Et c'est ainsi qu'affirment successivement la validité d'une confirmation, l'arrêt de la Cour de Nîmes du 8 janvier 1850[2] « aucune ratification de sa part n'est rapportée ni justifiée, elle aurait dû être antérieure à la célébration du mariage et explicite sur la connaissance du vice de l'acte et la volonté de le réparer », et l'arrêt de la Cour de Toulouse du 2 juin 1857[3] « Marie Vaysse n'a pas ratifié avant son union avec François Chanson, le contrat de mariage du 28 février 1811, par conséquent, ledit contrat de mariage, radicalement nul ... ».

Ces arrêts sont tellement surprenants, et nous allons à l'instant voir pourquoi, que nous pourrions les attribuer à une erreur des tribunaux et des cours d'appel. Mais la Cour de Cassation a sanctionné de son autorité une telle théorie, et, le 20 juillet 1859[4] a refusé de voir dans la célébration d'un conseil de famille une confirmation valable, car les formalités de l'article 1396 n'avaient pas été remplies. Elle admet donc, elle aussi, la validité d'une confirmation : « il ne peut être suppléé à l'inobservation des formes prescrites par la loi pour la validité du contrat de mariage qu'en observant les conditions et règles prescrites par l'article 1396, ou par une ratification

1. Req., 31 janvier 1833, J.G., *Contrat de mariage*. n°310 ; Civ., 10 avril 1866, S., 1866.1.190 ; Req., 6 février 1888, S. 1890.1.49.
2. D., 1850.2.188.
3. S., 1857.2.513.
4. Civ., 20 juillet 1859, S., 1859.1.850.

consentie et transcrite à la suite du contrat avant le mariage devant l'officier de l'état-civil ».

Remarquons, en passant, que la Cour de Cassation, de même que les cours d'appel emploient d'une manière erronée le mot de « ratification » au lieu du terme « confirmation ». Leur intention de parler de confirmation n'est pourtant pas douteuse, et s'affirme nettement dans l'arrêt de Nîmes précité : « Attendu qu'aucune ratification... n'est rapportée : qu'elle aurait du... être explicite sur la connaissance du vice de l'acte et la volonté de le réparer ». Nous tenons à faire cette précision pour qu'il ne subsiste aucun doute sur l'esprit de ces arrêts.

C'est en effet, nous le répétons, que cette jurisprudence est surprenante. Ce qui nous semble remarquable dans ces arrêts, c'est l'affirmation qu'une confirmation du contrat de mariage est possible, avant la célébration du mariage.

Une telle jurisprudence admet donc qu'un acte éventuel, comme le contrat de mariage, puisse être annulé (car admettre une confirmation implique la possibilité d'une action en nullité), alors qu'il ne présente pas encore tous ses éléments constitutifs. Un acte éventuel pourrait donc, d'après cette théorie, être annulé lorsque sont viciés les éléments qu'il réunit déjà. Voici encore une des surprises que nous réservait l'acte éventuel, inaperçue d'ailleurs des rares auteurs qui se sont consacrés à l'étude de cette question[1].

Poursuivons alors le raisonnement.Si une telle nullité est admise, quel en sera le caractère ? Ce ne sera pas une nullité d'ordre public, avons-nous dit, car le principe

1. DEMOGUE, *De la nature et des effets du droit éventuel*, « *Revue trim. droit civ.* », 1906 ; — DEMOGUE, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, « *Rev. trim. droit civ.* », 1905.

d'immutabilité ne s'applique pas encore et la jurisprudence admet la validité d'une confirmation. Ce sera donc une nullité, soit relative, soit absolue, suivant la nature du vice que présente le contrat de mariage[1]. Et, brusquement, du jour de la célébration du mariage, elle se transforme en nullité d'ordre public. Mais enfin, quand nous aurons dit qu'après la dissolution du mariage, elle reprend sa « peau première », soit nullité relative, soit nullité absolue, nous aurons retracé ses singulières mutations et fluctuations. Nous savions jusqu'alors que, traditionnellement, les nullités étaient relatives ou absolues. Peut-être conviendra-t-il même de distinguer ultérieurement les nullités absolues des nullités absolues d'ordre public. Mais vraiment nous ne soupçonnions pas l'existence de nullités qui participeraient, suivant les périodes de temps où on les envisage, de tous les caractères.

Quoiqu'il en soit, cette jurisprudence, aussi singulière soit-elle, prouve que les motifs d'ordre public sur lesquels repose la nullité absolue n'existent pas encore, en d'autres termes, que l'immutabilité des conventions matrimoniales n'a pas encore pleine application, avant la célébration du mariage.

§ 2. — Point de départ des effets du contrat de mariage.

Est-il certain que l'immutabilité n'a pas encore application, avant la célébration du mariage ? Certains arrêts ne peuvent-ils pas permettre d'en douter ? En effet, la question du point de départ du principe d'immutabilité se ramène au problème du point de départ des effets

1. Car à notre avis, il y a trois catégories de nullités et non deux.

du contrat de mariage. Or, certains arrêts, dit-on parfois, affirment la rétroactivité du contrat de mariage. Dès lors, l'immutabilité jouerait dès la rédaction de ce contrat.

Nous allons d'abord exposer ces arrêts puis nous examinerons si, effectivement, ils consacrent la thèse de la rétroactivité.

Le premier d'entre eux[1], déjà cité, refuse à un créancier, dont le droit est né entre contrat de mariage et mariage, l'action paulienne par laquelle il voulait faire révoquer une libéralité, réalisée en fraude de ses droits, dans le contrat de mariage. « Le contrat de mariage, soumis sans doute à la condition de la célébration du mariage produit effet du jour où il a été dressé lorsque la célébration du mariage a eu lieu, l'accomplissement de la condition ayant, aux termes de l'article 1179, un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ».

Le deuxième arrêt[2] attribue le caractère dotal à un immeuble acquis en échange d'un bien dotal, entre le contrat de mariage et le mariage. « Attendu, dit la Cour de Cassation, en termes à peu près identiques à ceux de l'arrêt de 1872, que, si l'effet des conventions matrimoniales est subordonné à l'événement même de la célébration du mariage, lorsque cette célébration a eu lieu, l'accomplissement de la condition a, aux termes de l'article 1179 un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ».

La lecture de ces arrêts paraît, *a priori*, ne laisser aucun doute sur le système de la jurisprudence. Une

1. Civ., 7 février 1872, S., 1872.1.73.
2. Civ., 18 décembre 1878, S., 1881.1.353.

discussion sur ce point est impossible, semble-t-il. Nous ne sommes pas de cet avis et, malgré les formules péremptoires précitées, nous ne sommmes pas encore convaincu que le contrat de mariage soit un acte conditionnel. Ni l'un ni l'autre de ces deux arrêts ne nous semble commander une telle conclusion. Car l'on peut, selon nous, justifier la solution qu'ils donnent, en faisant appel à un autre raisonnement que celui de la Cour de Cassation, et ainsi adopter les décisions de celle-ci, tout en rejetant ses motifs.

L'arrêt de 1872, dit-on généralement, en refusant l'action paulienne au créancier, implique que la donation prend effet dès le jour du contrat de mariage. Mais envisageons l'hypothèse inverse. Si la donation était censée n'entrer en vigueur qu'au jour de la célébration du mariage, est-il certain que l'arrêt aurait accordé l'action paulienne ?

M. Bartin répond à cette question par l'argumentation suivante[1] : « il se peut que la perpétration de la fraude soit antérieure à l'acte d'aliénation qu'elle a préparé, qu'elle remonte, par exemple, au contrat de mariage lui-même, qu'on puisse considérer, par conséquent, les créanciers dont la créance est née dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage à la célébration du mariage, comme des créanciers postérieurs à l'acte frauduleux, irrecevables, comme tels, à intenter l'action paulienne ».

C'est précisément ce qui s'était produit dans l'hypothèse du 7 février 1872. La femme n'avait réellement rien apporté au mari, qui avait consenti dans le contrat de mariage à ce que la célébration du mariage valût quit-

1. BARTIN, sur AUBRY et RAU, t. VII, § 501, note 8 quater.

tance de la somme que la femme était censée lui avoir apportée à titre de dot. Manifestement, si l'acte d'aliénation qui appauvrissait le mari ne résultait que de la clause du contrat de mariage aux termes de laquelle la célébration du mariage vaudrait quittance de la dot, si cet acte d'aliénation se trouvait ainsi reculé à la date de la célébration elle-même, la fraude génératrice de l'action paulienne résultait au contraire de l'insertion de cette clause dans le contrat de mariage et se plaçait par conséquant à la date de sa rédaction ».

Il est en effet très rare que l'on puisse scinder ainsi la perpétration de la fraude et la réalisation de l'acte frauduleux, mais dans les cas où cela est possible, c'est le moment de la fraude qui est à prendre en considération. Et les créanciers dont le droit est né postérieurement, ne seront protégés par l'action paulienne qu'à condition de prouver que la fraude a néanmoins été dirigée contre eux, en prévision du contrat qui allait être passé. Donc l'arrêt, interprété de cette façon, n'équivaut pas, de la part de la jurisprudence, à l'adoption systématique de la thèse consacrant la rétroactivité du contrat de mariage.

Il en est de même pour le deuxième arrêt, celui de 1878. Que proclame-t-il, en effet ? Que l'immeuble acquis dans l'intervalle entre contrat de mariage et mariage, en échange de biens dotaux, est dotal. Mais cela ne signifie nullement que ce caractère dotal s'affirme immédiatement. De même que l'article 1404, 2°, déclare, dans une hypothèse semblable, que « l'immeuble *entrera* en communauté », c'est-à-dire, y entrera au jour où la communauté prendra naissance, au jour de célébration du mariage, de même un tel immeuble ne deviendra dotal qu'à partir de ce même instant. La décision de

1878, déclare M. Bartin [1] « ne fait certainement pas échec à la règle d'après laquelle les effets du régime adopté par les époux ne commencent qu'à dater de la célébration du mariage, puisqu'elle ne frappe l'immeuble acquis en contréchange que d'une inaliénabilité éventuelle, qui n'atteindrait que les aliénations postérieures à la célébration du mariage ».

Donc ces arrêts, sur lesquels nous reviendrons dans notre chapitre deuxième, ne consacrent pas la thèse de la rétroactivité. D'ailleurs,la Cour de Cassation a nettement contredit cette thèse, par un arrêt de la Chambre des Requêtes [2], décidant que l'hypothèque légale de la femme mariée ne prend rang qu'à dater de la célébration du mariage et non avant. « Attendu... que l'hypothèque accordée par la loi à la femme mariée ne l'est point à la future épouse, et qu'elle ne peut être acquise à la future épouse qu'au jour où, par la célébration du mariage, il y a, d'une part, un mari... ; que d'ailleurs, l'hypothèque de la femme contre le mari ayant pour fondement l'administration par celui-ci des biens de celle-là, et cette administration ne commençant qu'au jour du mariage, l'hypothèque ne saurait remonter à une date antérieure à la cause dont elle est l'effet ... ».

Voilà des attendus qui ne s'accordent guère avec une prétendue rétroactivité du contrat de mariage.

Donc, malgré les deux arrêts isolés de 1872 et de 1878, faussement motivés d'ailleurs, la jurisprudence place au jour du mariage le point de départ des effet du contrat de mariage et, par contre-coup, le point de départ de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est

1. BARTIN, sur AUBRY et RAU, t. VII, § 501, note 8 quater.
2. Req., 22 janvier 1878, S., 1878.1.306.

au même résultat qu'elle aboutissait implicitement, en admettant la possibilité de confirmer la nullité du contrat de mariage, avant la célébration du mariage.

Section 3

Doctrine

Sur la question du point de départ des effets du contrat de mariage, d'où nous déduisons le point de départ du principe d'immutabilité, la doctrine se contente de poser un principe très simple : le contrat de mariage, accessoire du mariage, ne saurait entrer en vigueur, tant que le mariage n'est pas célébré[1]. Le mariage a donc la valeur d'une éventualité décisive, et non d'une condition.

Quel est donc le critérium entre l'acte éventuel et la condition ? « tout événement futur et incertain, dit Demogue[2], n'est pas susceptible de jouer le rôle de condition. Il faut encore que cet événement ne soit pas un des éléments essentiels de l'existence du contrat, il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat, si l'on peut dire, et que, par un lien artificiel, on a rattaché à la convention ».

Au contraire, il y aura droit éventuel, dit Eygout[3] « lorsque les contractants auront été contraints de subordonner leur contrat à l'événement envisagé, soit

1. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IX, n° 60 ; — Baudry Lacantinerie, *Précis de droit civil*, III, n° 32 bis ; — Planiol III, n° 832 ; — Lacointa, note S., 1881.2.353.

2. Demogue, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, « *Revue trim. de droit civil* », 1905, p. 725 et suiv.

3. Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse, Paris, 1922, p. 18.

par la loi, soit par la nature des choses », et il ajoute encore : « la subordination du droit à l'événement futur et incertain est-elle l'œuvre de la volonté arbitraire et libre des parties, il y a condition. Est-elle, au contraire, l'effet d'une disposition de la loi ou d'une nécessité matérielle, le droit est éventuel ».

Or il est bien certain que le mariage n'est pas une modalité extrinsèque, extérieure, du contrat de mariage, il en est un des éléments constitutifs, une condition de validité et d'efficacité.

Sur ce point, la doctrine est unanime. Bornons-nous à citer l'opinion de MM. Aubry et Rau, et Bartin : « Il est des conventions ou dispositions disent Aubry et Rau, qui, d'après leur nature ou leur objet, supposent nécessairement l'existence ou la réalisation ultérieure de certains faits. Ces faits ne constituent pas de véritables conditions, alors même qu'ils ont été expressément indiqués comme tels. Il en est ainsi... de la clause par laquelle les parties, figurant dans un contrat de mariage, en auraient fait dépendre l'effet de la célébration du mariage projeté »[1] « si le mariage en vue duquel les conventions matrimoniales ont été consenties se réalise valablement, dit Bartin, c'est au jour de la célébration du mariage seulement, que remonte nécessairement en principe l'effet de de ces conventions... »[2].

Et il s'ensuit que les conventions matrimoniales sont immuables à partir du mariage, et non de la rédaction du contrat de mariage.

D'ailleurs, un argument décisif en ce sens est fourni,

1. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5e édit., t. IV, § 302-1°, p. 94.
2. BARTIN, sur AUBRY et RAU, t. VII, § 501, p. 472.

affirme la doctrine, et en particulier M. Josserand [1], par la théorie des contre-lettres. « Il est vrai, dit-il, que les conventions matrimoniales ont, jusqu'au mariage, la valeur d'un simple projet, que les articles 1396 et 1397 permettent aux époux de les modifier jusqu'au jour de la célébration, solution inconciliable avec la thèse de la rétroactivité, car, dans la conception du Code civil, le contrat de mariage est un acte immuable ; du moment qu'il peut être modifié, c'est qu'il n'est encore qu'à l'état d'ébauche, d'éventualité ; c'est qu'il n'est pas encore entré en action ».

Mais, comme on sait, les contre-lettres sont soumises à des conditions de forme rigoureuse (art. 1396). Elles doivent être constatées par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage ; le consentement de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage est requis. De plus, pour être opposables aux tiers, elles doivent être rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage et la loi enjoint au notaire de ne jamais délivrer une expédition du contrat de mariage sans transcrire à la suite la teneur de la contre-lettre.

Donc si les modifications du contrat de mariage sont possibles avant la célébration du mariage, il n'est pas moins vrai qu'elles sont strictement réglementées. Si la liberté d'apporter des changements aux conventions matrimoniales n'est pas totalement supprimée encore, elle n'est pas non plus totalement accordée. Nous sommes, pourrions-nous dire, dans une phase de demi-mesures. Mais cette semi-liberté, caractérisée par l'exigence de formalités rigoureuses, est-elle compatible avec la formule intransigeante développée couramment en

3. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3e édit., t. III, no 431

doctrine, à savoir que le principe d'immutabilité est inexistant avant la délibration du mariage ? Il ne nous semble pas. Nous y voyons, au contraire, la preuve de ce que nous avons appelé précédemment le rayonnement du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, dès avant la célébration du mariage. C'est ce qui va faire l'objet de notre chapitre deuxième.

CHAPITRE II

RAYONNEMENT DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES DÈS AVANT LE MARIAGE

Nous allons à présent essayer de démontrer, en nous appuyant sur les textes et la jurisprudence, en invoquant même parfois la doctrine, que les époux sont liés, dès avant la célébration du mariage, et ne peuvent, dans cette période déjà, apporter de modifications à leurs conventions matrimoniales que dans une mesure très restreinte. Il semble déjà curieux que l'article 1395 se projette ainsi, dans le temps, jusqu'en-deçà de la rédaction du contrat. Mais il est tout à fait étrange, pour ne pas dire incompréhensible, à première vue, que ce principe trouve son application, avant même la rédaction du contrat. Et c'est pourtant à ce résultat que nous aboutirons. Etudions donc successivement ces deux périodes.

Section 1

Le rayonnement du principe d'immutabilité, dès la rédaction du contrat de mariage

Sous-Section I

Arguments tirés des textes.

§ 1. — L'article 1404, alinéa 4 et son extension au régime dotal par l'arrêt de 1878.

Que nous dit l'article 1404, alinéa 2 ?

« Néanmoins si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle, entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du mariage (du contrat de mariage) auquel cas elle serait réglée suivant la convention ».

L'hypothèse est bien simple. Les époux ayant adopté le régime de communauté légale, tous les meubles présents doivent tomber en communauté. En achetant un immeuble dans l'intervalle entre le contrat de mariage et le mariage. l'époux transforme un bien commun en un bien propre. Et la loi ne l'a pas permis. Le seul exposé de cette hypothèse nous fait tout naturellement songer à l'immutabilité des conventions matrimoniales. En effet, c'est ce principe qui interdit aux époux de modifier la nature juridique de leurs biens.

Et pourtant, ce n'est pas l'explication généralement

admise de l'article 1404 alinéa 2. La majorité des auteurs [1] affirment que la loi veut ainsi prévenir une fraude de l'un des époux aux dépens de l'autre.

C'est, dit M. Josserand « pour déjouer cette trahison par anticipation que le deuxième alinéa du texte fait pénétrer l'immeuble dans le patrimoine commun ». Donc l'article est une disposition exceptionnelle, qu'il faut interpréter restrictivement ; la tradition d'ailleurs, disent ces auteurs, est dans ce sens ; ils invoquent, tour à tour, Lebrun et Pothier.

Lebrun dit à ce sujet : « il semble injuste qu'après qu'il (le mari) a promis [2] d'apporter ses meubles en communauté, il convertisse son argent ou ses autres meubles en acquisition d'immeubles qui soient des propres de communauté ». Et Pothier s'exprime ainsi [3] : « Il ne doit pas néanmoins être permis à l'un des conjoints de changer de nature, *en fraude* de l'autre conjoint, les biens qu'il avait lors du contrat de mariage, en aliénant les biens meubles et en acquérant des immeubles à leur place ».

Surtout, disent ces auteurs, (Josserand, Planiol, etc...) qu'on ne voit pas dans la disposition de l'article 1404, alinéa 2, une application du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Ce principe ne reçoit son application qu'à compter du mariage : c'est alors seulement que commence la communauté. D'ailleurs Lebrun n'a-t-il pas dit formellement « cela fut jugé volontiers par forme de dédommagement, car, encore une fois, la communauté n'a lieu que du jour de la célébration

1. JOSSERAND, III, n° 348 ; — PLANIOL, III, n ; 927 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, III, n° 50.

2. LEBRUN, *Traité de la communauté entre mari et femme*, livre I, chap. IV, n° 8.

3. POTHIER, *Traité de la communauté*, IV, n° 281.

les parties n'ayant pas dessein d'être en communauté avant que d'être en mariage ».

Nous ne sommes pas de cet avis. L'article 1404, selon nous, s'explique, au contraire, par l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais pas dans le sens où l'entend la majorité de la doctrine précitée. Il est bien entendu, et nous l'avons d'ailleurs déjà affirmé, que la communauté n'est pas censée exister, relativement à l'immeuble dont il s'agit, avant la célébration du mariage. Cet immeuble « entrera » en communauté au jour où celle-ci existera, c'est-à-dire à partir de la célébration du mariage.

Mais — et voilà où réside la signification de l'article — c'est au jour du contrat de mariage que le patrimoine des deux époux est fixé une fois pour toutes, et il n'est plus permis, ensuite, d'y apporter des modifications, sauf en la forme prescrite par l'article 1396[1]. Dès la rédaction du contrat de mariage, les différents biens sont classés en biens propres et biens communs. Tels ils sont à ce moment, tels ils resteront dans l'avenir. Leur nature juridique est précisée, au jour du contrat ; il ne peut dépendre de la seule volonté de l'un ou l'autre époux de modifier, soit directement, soit indirectement, le contrat de mariage. Pour ce faire, le consentement de toutes les parties au contrat de mariage est requis, ainsi que toutes les autres formalités de l'article 1396.

A notre tour, à présent, d'invoquer la tradition. Complétons la citation précitée de Pothier par cette phrase suffisamment explicite « les parties, lors du contrat

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. VIII, par Nast, n° 103 ; Nast, note sous Req., 24 avril 1936, D.H. 1936-297 ; — Pilon, note sous même arrêt, S., 1936.1.337 ; — Boiffin, *Du point de départ des effets du contrat de mariage*, thèse, Rennes, 1930.

de mariage, en ne s'expliquant pas sur les choses qui composeraient leur communauté, sont censées être tacitement convenues qu'elle sera composée des choses que chacune d'elles avait alors, qui étaient de nature à y entrer ».

La majorité de la doctrine, avons-nous dit, prétend l'article 1404 étranger au principe d'immutabilité car, selon eux, il est fondé sur une idée de fraude. Mais ces deux notions sont-elles vraiment incompatibles ? Il ne nous semble pas. L'un des buts du principe d'immutabilité n'est-il pas justement de prévenir les fraudes, soit fraude d'un époux envers l'autre, soit fraude des époux vis-à-vis des tiers ? L'article 1395, s'il a voulu empêcher que le mari ou la femme, aveuglé par la passion, se dépouille au profit de son conjoint et à son propre détriment, il a voulu aussi, à l'inverse, éviter que l'un des conjoints, poussé par sa mauvaise foi, agisse en fraude des droits de l'autre. Et les deux interprétations de l'article 1404 se rejoignent.

Mais l'interprétation restrictive n'est alors plus de rigueur. Si, dans l'intervalle du contrat du mariage, un immeuble a été acquis en échange d'un immeuble propre, cet immeuble doit, nous emble-t-il, rester propre à l'époux échangiste[1]. Envisageons aussi l'hypothèse inverse de celle prévue au texte, le cas d'un immeuble propre, vendu dans l'intervalle entre contrat et mariage. La somme d'argent reçue en paiement est propre, car elle est représentative d'une valeur propre. S'il en était autrement, l'obligation qui incombe à l'époux vendeur de faire tomber en communauté une certaine partie de sa

1. Dans ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE, II.51 ; — PLANIOL, III, 927 ; — AUBRY et RAU, 5e édit., VIII, § 507.

fortune serait modifiée, cet époux apportant en communauté une somme supérieure[1].

Enfin que faut-il décider dans l'hypothèse d'une communauté réduite aux acquêts ?[2] L'immeuble acheté entre le contrat de mariage et le mariage est-il commun ? Certains auteurs affirment que l'explication de l'article 1404 par l'immutabilité des conventions matrimoniales aboutit à étendre la même solution au cas de la communauté réduite aux acquêts. En quoi, ils se trompent grandement. La composition des biens, avons-nous dit, est fixée dès le jour du contrat de mariage. Or, quelle aurait été, dans le régime de communauté réduite aux acquêts, la nature juridique de la somme d'argent qui a servi à acheter l'immeuble ? C'eût été un bien propre, assurément. Donc l'immeuble est un propre, lui aussi. Ici donc il y a remplacement d'un propre par un autre propre. Peu importe, d'ailleurs, que le prix ait été payé, après la célébration du mariage, avec l'argent de communauté. Il y aura lieu, de ce fait, à une récompense à la communauté, mais l'immeuble n'en est pas moins un propre. Admettre que l'immeuble devint commun, ce serait admettre qu'il a été acquis à titre onéreux au cours de la communauté, donc que la communauté existe dès la rédaction du contrat de mariage. Or, il n'en est rien, car, comme le dit très justement M. Pilon[3] « on peut se demander si tous les effets, si toutes les conséquences du principe de l'immutabilité rétroagiront à la date du contrat de mariage ». A cette question, nous

1. Voir en ce sens, Colmar, 27 février 1866, D., 1866.2.227 ; — POTHIER, n° 603 ; — AUBRY et RAU, t. VIII, § 507, note 8 ; — LAURENT, t. XXI, n° 268.

2. Req., 24 avril 1936, S., 1936.1.337, note Pilon et D.H. 1936.297 note Nast.

3. Dans sa note, au S., 1936.1.337.

répondrons par la négative, nous réservant de faire ultérieurement la discrimination.

Donc, nous déclarons, en conclusion de cette analyse, que l'article 1404 se rattache, selon nous, au principe général suivant : impossibilité de modifier, par volonté unilatérale, le statut matrimonial tel qu'il est fixé par le contrat de mariage.

C'est ainsi que nous expliquerons également l'arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1878[1]. Il s'agissait, rappelons-le, d'un immeuble acquis, dans l'intervalle entre contrat et mariage, en échange d'un bien dotal. La Cour de Toulouse avait jugé qu'il devait être paraphernal et non dotal : « Il n'y a eu de biens dotaux qu'à dater du mariage, qui, seul, pouvait donner aux époux la qualité nécessaire pour les aliéner et en faire le remploi. La Cour de Cassation cassa l'arrêt de Toulouse par un arrêt motivé : « ... les biens immeubles ainsi acquis par la future se trouvant, même en l'absence d'une stipulation expresse de remploi, *substitués à ceux aliénés par l'échange*... étaient nécessairement devenus dotaux et aliénables à charge de remploi... ». Cet arrêt, si nous avons écarté la thèse de la rétroactivité du contrat de mariage sur laquelle il s'appuyait, nous semble au contraire irréprochable quant à son dispositif. Il signifie, en effet, que le caractère, soit dotal, soit paraphernal, des biens de la femme est déterminé dès la rédaction du contrat de mariage. Il faut se placer au moment du contrat de mariage pour déterminer le statut des biens. Dans l'article 1404, une valeur destinée à entrer en communauté est remplacée par un immeuble qui participe alors de ce même caractère ; de même ici, la valeur échangée étant

1. D., 1879.1, 441 et S., 1881.1.353.

dotale, l'immeuble acquis en échange le devient aussi. Il est donc bien vrai de dire, selon la formule de M. Bartin[1] que « l'arrêt de 1878 peut être considéré comme sanctionnant l'extension au régime dotal de l'article 1404 ».

§ 2. — L'article 1558, alinéa 4.

L'alinéa 4 de l'article 1558, qui, à l'égal de l'article 1404 soulève de vives et nombreuses controverses est rédigé en ces termes « l'immeuble dotal peut encore être aliéné ... pour payer les dettes de la femme et de ceux qui ont constitué la dot lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au *contrat* de mariage ». Cet article ne concerne pas seulement l'inaliénabilité dotale en réalité ; il tranche la question, de beaucoup plus importante, du point de départ de l'insaisissabilité dotale. Pourquoi, en effet, permet-il l'aliénation d'un bien dotal pour payer certaines dettes de la femme ? C'est, évidemment parce qu'il considère ces dettes comme exécutoires sur les biens dotaux. L'aliénation n'est autorisée que pour éviter la saisie. Donc la signification en est la suivante : les créanciers de la femme ne peuvent saisir les biens dotaux que si leur créance a date certaine avant le contrat de mariage. Au contraire, les créanciers dont le droit est né entre contrat et mariage, devront se contenter des paraphernaux.

Comment ? s'écrie une partie de la doctrine et de la jurisprudence ?[2] L'insaisissabilité dotale entrerait en vigueur au jour du contrat de mariage ? L'immutabilité

1. Bartin, sur Aubry et Rau, t. VII, § 501, note 8 quater.
2. Colin-Capitant, III, p. 299 ; — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1676 ; — Rodière et Pont, III, n° 1801.

des conventions matrimoniales aurait donc son point de départ à ce jour ? Impossible. Jamais le législateur n'a voulu consacrer une solution pareille ! Mais comment cette doctrine et cette jurisprudence[1] expliquent-elles alors les trois petits mots gênants de l'article 1558 « contrat de mariage » ? Rien de plus simple, nous dit-on. Le législateur s'est trompé, c'est évident. Et, pour bien détruire le dogme de l'infaillibilité législative, ces auteurs se plaisent alors à rechercher les autres erreurs qu'auraient commises les rédacteurs du Code. Ceux-ci, disent-ils, se sont manifestement trompés dans les articles 2194 et 2195, en employant l'expression « contrat de mariage » pour désigner « le mariage ». Il en est de même dans l'article 1558.

Malheureusement, nous ne croyons pas qu'on puisse tirer argument des articles 2194 et 2195 en faveur d'une telle interprétation de l'article 1558. Ces deux articles figurent dans le Code au titre « des privilèges et hypothèques » et sont relatifs seulement à la purge des hypothèques légales : il est donc possible, surtout en présence du texte formel de l'article 2135, de dénaturer l'expression littérale dont ils se servent pour lui donner un autre sens. Mais, pour l'article 1558, une telle transformation du texte n'est plus permise. Cet article prend place dans le Code au titre « du contrat de mariage ». Nous sommes donc ici au siège de la matière, et le respect littéral du texte est de rigueur, d'autant plus que l'artile 1558 vient immédiatement après l'article 1557 où l'expression « contrat de mariage » est évidemment prise dans son sens propre.

1. Rouen, 19 janvier 1867, S., 67.2.109 ; Montpellier, 13 novembre 1878, S., 79.2.65 ; — En sens contraire : Montpellier, 7 janvier 1830, D., 1830. 2.131 ; 6 mars 1844, D., 1845.2.38.

Il est ainsi très commode, pour écarter une difficulté, de s'en référer à une erreur soi-disant commise par le législateur. Mais il nous semble préférable, avant d'accabler ainsi les malheureux rédacteurs du Code, de rechercher une explication plausible de l'article 1558. Cet article, à notre avis, a pour but essentiel d'empêcher la femme de modifier indirectement la constitution de dot sans recourir aux formalités de l'article 1396[1]. En effet, en se constituant en dot tout ou partie de ses biens, la femme a promis à son mari de lui en apporter la jouissance au jour du mariage et elle s'est engagée par là même à s'abstenir de tout acte de nature à modifier ou diminuer cette jouissance. Or, en contractant des dettes après la constitution de dot, elle compromet une partie ou même la totalité de sa dot.

Mais une objection, assez grave il est vrai, peut être présentée à l'encontre d'une telle interprétation de l'article 1558, objection tirée de l'intérêt des tiers. En effet, ceux-ci ne connaissent pas le contrat de mariage avant la célébration du mariage. Ils vont donc, dans l'intervalle entre ces deux actes, traîter avec la femme en toute confiance, sûrs de leur gage. Puis ils verront leurs droits compromis, sinon anéantis (au cas où tous les biens de la femme seraient dotaux) par la célébration du mariage.

M. Bartin, en réponse à cette objection, déclare que la femme, en laissant ignorer à son cocontractant qu'elle a signé un contrat par lequel elle s'est constitué en dot tous ses biens « pourrait être facilement considérée comme ayant commis un quasi-délit et condamnée à des

1. En ce sens : Aubry et Rau, VIII, § 508, texte et note 3 ; Boiffin, *loc. cit.*, p. 84 ; — Laurent, XXIII, n° 548 ; — Huc, IV, n° 463.

dommages-intérêts, pour le recouvrement desquels son créancier aurait action sur les biens dotaux »[1].

Mais est-ce bien certain ? la simple déclaration de majorité faite par un mineur à son cocontractant ne l'expose à aucune sanction ; c'est seulement au cas de fraude caractérisée, de machination, de manœuvres frauduleuses au moyen desquelles il se serait fait passer pour un majeur, que l'action en nullité lui est refusée, que, par conséquent, le tiers de bonne foi est efficacement protégé. Or, ici, il ne s'agit même pas d'un fait positif, mais d'une attitude négative, d'une abstention, d'un silence. Or, en principe, jamais la simple réticence ne constitue un dol (sauf de très rares exceptions formelles). On ne voit pas comment obliger la femme à révéler à son cocontractant qu'elle va bientôt se marier, que son contrat de mariage est déjà rédigé, qu'il contient adoption du régime dotal et qu'enfin tous ses biens sont dotaux. D'ailleurs, même en admettant le principe de la condamnation à des dommages-intérêts, il n'est pas absolument certain qu'elle intervienne, en fait. Les tribunaux pourront[2] « dans leur désir de sauvegarder la dot et de protéger la famille, se laisser influencer par des circonstances de fait plaidant en faveur de la femme et refuser de condamner celle-ci, surtout s'il n'y a eu de sa part aucune mauvaise foi ».

Comment alors interpréter l'article 1558, de façon à ne pas porter atteinte aux intérêts des tiers et, néanmoins à éviter la modification indirecte de la constitution de dot ? Pour ce faire, il faut séparer les deux points de vue du droit de poursuite des créanciers et des rapports des époux entre eux. D'une part, les créanciers antérieurs

1. Bartin, sur Aubry et Rau, VIII, § 538, note 3, *in fine*.
2. Boiffin, thèse précitée, p. 83.

au mariage pourront saisir la dot (le point de départ de l'insaisissabilité, quant à eux, est donc la célébration du mariage). Mais d'autre part, la femme devra compléter la dot promise à son mari, et diminuée du fait de ses dettes, nées entre contrat de mariage et mariage[1].

Nous voyons ainsi que, dans cette hypothèse encore, la nature des biens doit être précisée au jour du contrat de mariage, et qu'il est interdit aux époux de la modifier, soit directement, soit indirectement, en dehors des formalités de l'article 1396. C'est ce qu'affirme, avec une clarté remarquable, M. Boiffin[2] : « les futurs époux, dit-il, ne peuvent plus le modifier ouvertement (le contrat de mariage) que de leur consentement mutuel, mais surtout — et c'est là la conséquence pratique la plus importante — ne doivent pas indirectement, d'une manière détournée, altérer l'importance des engagements qu'ils y ont pris. Ce contrat de mariage détermine le statut des biens des futurs époux, fixe les apports de chacun, c'est-à-dire les biens qui seront affectés aux besoins du ménage : les fiancés ne doivent pas dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage, par des aliénations, des constitutions de droits réels ou en contractant des dettes nouvelles, diminuer les revenus sur lesquels chacun était en droit de compter, aussi bien pour faire face aux charges du ménage que pour réaliser des économies et constituer éventuellement un fonds commun ».

Ainsi donc voilà la discrimination opérée. N'entre en vigueur qu'au jour de la célébration le régime matrimonial lui-même, se caractérisant par les pouvoirs et les droits du mari sur les biens de la femme. Mais la

1. En ce sens, PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. VIII, par Nast, en note au N° 103.
2. BOIFFIN, thèse précitée, p. 84, thèse précitée, p. 80.

composition des patrimoines respectifs est fixée dès le jour de la rédaction du contrat de mariage. Pour la modifier, il faut s'en tenir aux conditions rigoureuses de forme que l'article 1396 prescrit. Le rayonnement du principe d'immutabilité existe donc, mais il est partiel.

Sous-Section II

Exigence des formalités de l'article 1396 pour la confirmation de la nullité du contrat de mariage.

Nous avons déjà vu, dans notre Chapitre I, que la jurisprudence permettait, avant la célébration du mariage, la confirmation de la nullité du contrat de mariage. Nous en avions conclu que le principe d'immutabilité ne s'appliquait pas encore pleinement car, si les motifs d'ordre public sur lesquels repose le caractère absolu de la nullité du contrat existaient déjà avec toute leur force, toute confirmation aurait été impossible.

Mais, si la jurisprudence permet ainsi de telles confirmations, elle exige, tout au moins, pour leur validité, l'observation des formalités prescrites à l'article 1396. En effet, confirmer le contrat de mariage, ce n'est rien moins que substituer au régime de communauté légale le régime adopté dans le contrat. C'est donc modifier une convention matrimoniale. Or, et nous revenons toujours au même thème, les changements opérés avant la célébration du mariage, s'ils ne sont pas interdits, sont rigoureusement réglementés.

La jurisprudence est unanime sur ce point[1]. N'en

1. Civ., 29 mai 1854, S., 1854.1.437 ; Civ., 9 janvier 1855, S., 1855.1.125 ; Toulouse, 2 juin 1857, S., 1857.2.413.

donnons qu'un exemple, celui de l'arrêt de la Chambre civile du 20 juillet 1859[1]. Une mineure avait fait son contrat du consentement d'un cousin, sans qu'une délibération eût chargé son parent de représenter le conseil. Le même jour, mais à une heure plus avancée, il y eut une délibération du conseil de famille qui autorisa le mariage à charge par la future de se constituer en dot, sous le régime dotal, tous ses biens présents et à venir, avec pouvoir d'aliéner moyennant remploi. Un créancier ayant saisi un des immeubles constitués en dot, la femme opposa la dotalité : le saisissant répondit que le contrat de mariage était nul, comme ayant été fait par un mineur sans assistance. Il s'agissait donc de savoir si la délibération postérieure au contrat, mais antérieure à la célébration, pouvait valoir à titre de confirmation.

Le Tribunal civil de Florac par un jugement remarquablement motivé, se prononce pour la négative : « Attendu... dit-il, que le contrat fut nul dès sa passation, et qu'il ne pût être validé par le consentement du conseil de famille donné postérieurement, quoique avant l'acte de l'état-cil, puisqu'il est de principe qu'un pareil contrat qui intéresse non seulement les époux et leur postérité, mais encore les tiers, doit présenter les éléments et la preuve de sa perfection, et qu'il ne peut être supplé à l'inobservation des formes prescrites par la loi pour sa validité qu'en observant les conditions et règles prescrites par l'article 1396... *que l'intérêt public attaché à l'immutabilité des conventions matrimoniales, exige l'accomplissement de toutes ces conditions*, et ne permet pas qu'on puisse y suppléer par des actes ou des formalités occultes dont l'existence n'est pas révélée aux tiers par le contrat

1. S., 1859.1.850.

lui-même ». En appel, cette décision fut réformée mais la Cour de Cassation, Chambre civile, le 20 juillet 1858, cassa l'arrêt de la Cour de Nîmes en reprenant le raisonnement du tribunal de première instance.

Nous avons tenu à reproduire *in extenso* les attendus de ce jugement car ils développent à merveille la thèse que nous soutenons, et rattachent tout à fait explicitement à l'immutabilité des conventions matrimoniales les formalités des articles 1396.

Et c'est en effet à ces articles que nous aboutissons, à la fin de chacun de nos raisonnements. Qu'il s'agisse d'expliquer l'article 1404, l'arrêt de 1778, l'article 1558, la possibilité de confirmer la nullité d'un contrat de mariage nul, toujours, nous terminons en nous référant aux contre-lettres — En définitive donc, *tout converge vers l'article* 1396, *qui est la base de notre chapitre deuxième.* Or, comment expliquer ce texte de loi, si ce n'est par l'immutabilité des conventions matrimoniales, comme l'a fait si justement le jugement de Florac précité ?

Les raisons en sont absolument les mêmes. Reprenons-les, en effet. C'est au jour du contrat de mariage que les volontés des deux familles s'affirment, ce serait les méconnaître que de pouvoir, immédiatement après qu'elles se sont révélées, modifier les dispositions qui ont été, en grande partie, leur œuvre.

Reprenons à ce point de vue l'hypothèse de l'arrêt de 1878. Les parents ont tenu, pour sauvegarder les biens de leur fille, à ce que le régime dotal soit adopté. Ils savent qu'ainsi, les biens revêtus du caractère dotal dans le contrat, seront intangibles. Ils sont rassurés sur l'avenir de la famille qui se fonde. Et il suffirait à leur

fille d'échanger un des biens dotaux pour lui donner le caractère paraphernal et le soustraire ainsi à la protection que les parents souhaitaient ! S'il en était ainsi, il y aurait un moyen bien commode pour passer du régime dotal à celui de la séparation de biens. Il n'y aurait qu'à échanger, dans l'intervalle entre contrat de mariage et mariage, tous les biens dotaux, et le tour serait joué !

Envisageons à présent un autre fondement du principe d'immutabilité : la crainte des abus d'influence d'un époux sur l'autre. Cette raison n'existe-t-elle pas dès avant la célébration du mariage ? Il est vrai que, généralement, les tempéraments respectifs ne se révèlent vraiment qu'une fois le mariage consommé. Mais peut-être à l'inverse, les passions se déchaînent-elles plutôt avant la vie commune et les abus d'influence sont-ils plus à craindre à ce moment que jamais. Il faut donc empêcher les époux de modifier à leur gré leurs conventions, les obliger à exposer à leurs parents et à toutes les parties au contrat de mariage ce qu'ils ont l'intention de faire. Ainsi ces personnes, jugeant la situation à froid, pourront dépister les fraudes que l'un des futurs conjoints méditerait contre l'autre.

Enfin, les tiers ont, eux aussi, intérêt à ce que les modifications au contrat de mariage ne restent pas secrètes. Que servirait-il en effet de les protéger contre des changements ultérieurs si on permettait aux époux de transformer tout le mécanisme de leur pacte matrimonial avant la célébration du mariage ? Les tiers ne connaissent le contrat qu'à partir de la célébration du mariage. Or, à ce moment, le papier qu'on leur présenterait ne correspondrait déjà plus du tout à la réalité. Il est donc de toute nécessité d'obliger les époux, s'ils

veulent rendre leurs modifications opposables aux tiers, à faire rédiger leurs contre-lettres à la suite du contrat de mariage. C'est pour la même raison que le notaire ne peut délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement.

L'exposé des motifs de la loi sur le contrat de mariage prouve, à l'évidence, que les raisons du principe d'immutabilité d'une part et celle de l'exigence des formalités de l'article 1396 sont les mêmes. En effet, le conseiller d'Etat Berlier, dans un exposé qui englobe ces deux points, s'exprime de la façon sivante : « l'autre (disposition) interdit tout changement après la célébration du mariage et prescrit la manière dont les changements faits antérieurement devront être constatés pour être valables. Ces deux dispositions ont eu pour objet d'empêcher des fraudes envers les tiers... ». Ainsi la prohibition absolue de modifications d'une part et la réglementation des modifications d'autre part, sont placées côte à côte.

Dès lors, nous pouvons conclure, après examen des textes, de la doctrine et de la jurisprudence, en faveur du rayonnement du principe d'immutabilité. Les raisons d'application du principe existent déjà, que ce soit le caractère de pacte de famille du contrat de mariage, la crainte des abus d'influence, l'intérêt des tiers. S'il convient, dans cette période, de ne pas se montrer trop catégorique, de ne pas prohiber absolument les modifications aux conventions matrimoniales, il faut néanmoins éviter les modifications indirectes, déguisées, secrètes. Il faut combattre les changements opérés par volonté unilatérale et même ceux qui seraient réalisés par accord des deux volontés, mais sans l'appui et le concours familial.

C'est pourquoi nous avons pu parler d'un rayonnement partiel du principe d'immutabilité dès avant la célébration du mariage.

Section 2

Le rayonnement du principe d'immutabilité avant même la rédaction du contrat de mariage

De prime abord, l'énoncé de ce titre paraît surprenant. Il semble inconcevable, en effet, d'envisager l'immutabilité d'un contrat qui n'existe pas encore. Et pourtant, à notre grande surprise, nous avons découvert deux arrêts relatifs à cette question, extrêmement curieux tous deux, l'un de la Cour de Nîmes du 23 janvier 1843 [1], l'autre de la Chambre des Requêtes [2] du 28 octobre 1889. Nous allons les étudier successivement.

L'espèce soumise à la Cour de Nîmes était la suivante : Dans un contrat de mariage, figure à titre d'apport matrimonial de la future épouse une lettre de change dont le montant se chiffre à 10.000 francs. Une heure avant la rédaction du contrat, le futur époux, par acte sous seing-privé reconnaît que les 10.000 francs ne figureront que pour l'honneur du contrat et qu'en conséquence, il s'engage à ne point les réclamer à son futur beau-père. Quelques temps après, le mari, regrettant sa complaisance, réclame le paiement de la lettre de change. Et la Cour de Nîmes, effectivement, condamne le beau-père à remettre à son gendre le montant de la

1. J.G., *Contrat de mariage*, n° 405.
2. D., 1890.1.115.

traite : « La déclaration privée, souscrite avant la signature du contrat de mariage et par laquelle R..., s'engage à ne pas demander le paiement des 10.000 francs, montant de la lettre de change, n'est autre chose qu'une contre-lettre dérogative à l'une des clauses du contrat de mariage, elle a effectivement pour objet d'annihiler la partie de cet acte dans laquelle P..., fait donation à sa fille d'une somme de 10.000 francs représentée par la lettre de change souscrire à R..., il importe peu que la déclaration soit antérieure d'une heure à la passation du contrat de mariage, il suffit qu'on doive la ranger dans la classe des contre-lettres, qu'elle ait été faite *dans l'intention de déroger au contrat* et qu'elle y déroge en effet ».

Le deuxieme arrêt, celui de la Chambre des Requêtes est plus intéressant encore car il est remarquablement et longuement motivé. Il s'agissait d'un contrat de mariage dans lequel était stipulé le régime de la séparation de biens qui devait assurer à la future épouse la conservation de l'administration et de la jouissance de ses immeubles. Dans l'énumération de ses immeubles au contrat, figurait une maison sise à Paris, rue du Quatre-Septembre n° 3. Le même jour, mais antérieurement à la rédaction du contrat, intervenait entre les futurs époux un acte sous seing-privé, portant vente par la future à son futur de l'usufruit de la maison lui appartenant au numéro 3 de la rue du Quatre-Septembre. La Cour de Nancy, rejetant le jugement du tribunal de Lunéville, déclare nul l'acte sous seing-privé, comme contraire aux dispositions des articles 1394-1395-1396.

Reproduisons, presque *in extenso*, les nombreux attendus de cette décision jurisprudentielle : « Attendu que,

dans l'interrogatoire sur faits et articles prêté par lui, de Lambertye a reconnu formellement que la vente stipulée dans l'acte sous seing-privé n'était pas une vente réelle, mais simplement une donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux et à lui consentie par la dame veuve Chéronnait comme prix du mariage que de Lambertye contractait avec elle (sic !) — Attendu que, tout en reconnaissant le caractère simulé du contrat de vente ci-dessus rappelé, de Lambertye en demande l'exécution, qu'il y a lieu d'examiner si cet acte est valable et peut légalement engager la dame de Lambertye, comme le prétend l'appelant ; — Attendu que les articles 1394-1395 et 1396 proclament le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; qu'aux termes de ce texte de loi, toutes les conventions matrimoniales doivent être rédigées par acte notarié, qu'elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage, que, même les changements faits avant ladite célébration doivent être constatés dans la même forme que le contrat de mariage, et en la présence et avec le consentement de toutes les personnes qui y ont été parties.

« Attendu que l'acte fictif de vente a été passé entre l'appelant et l'intéressé le jour même du contrat de mariage intervenu entre eux... — Qu'il a tous les caractères d'un pacte matrimonial, d'une convention matrimoniale secrète, modificative du contrat de mariage officiel, authentique et ostensible, passé entre les parties devant Me Bouareau, notaire, le même jour ; qu'il résulte de la correspondance qui s'est engagée au sujet de la négociation relative à cet acte simulé de vente entre de Lambertye et le sieur Bois-Gauthier, avocat, que l'acte

sous seing-privé en projet devait former, avec le contrat de mariage lui-même, un tout indissoluble, un ensemble de conventions matrimoniales, les unes, celles consignées dans le contrat de mariage officiel devant seules être connues du notaire et de la famille de la future épouse ainsi que du public, les autres, celles consignées dans l'acte fictif de vente rédigé sous seing-privé, destinées à être tenues secrètes, à échapper à la vigilance du notaire de l'intéressée et de la mère de celle-ci, et à détruire au moins en partie les stipulations du contrat de mariage officiel... ; — Attendu que, dans ces circonstances, on ne saurait isoler l'acte sous seing-privé du contrat de mariage, que les deux actes réunis constituent l'ensemble des conventions matrimoniales des époux de Lambertye... ; — Attendu que, modifiant ainsi les conventions matrimoniales authentiques, constituant par lui-même une convention matrimoniale particulière et dépourvue cependant des garanties d'authenticité et de publicité exigées par la loi, l'acte sous seing-privé est nul et de nul effet. — Attendu qu'il importe peu, dans ces conditions, que ledit acte sous seing-privé passé et signé le même jour que le contrat de mariage officiel ait *précédé, accompagné ou suivi* ledit contrat.

« Attendu qu'il est du plus haut intérêt social que les conventions matrimoniales ne soient pas paralysées, stérilisées ou annulées même par des conventions secrètes qui *pourraient tromper les tiers* et préjudicier à leurs droits, que c'est dans cette pensée qu'une doctrine et une jurisprudence aujourd'hui universellement admises décident qu'on doit regarder comme contre-lettre à un contrat de mariage, non seulement les conventions ou donations stipulées après le contrat de mariage en dehors

des formalités et des garanties des articles 1395 et 1396, mais même les donations ou conventions faites dans ces conditions peu de jours avant le contrat lui-même... ».

Le Sieur de Lambertye se pourvoit en cassation, soutenant qu'un acte encore inexistant, le contrat de mariage, ne peut être l'objet d'une convention modificatrice. Mais la Cour de cassation rejette cet argument, en reprenant à peu près les mêmes termes que la Cour de Nancy.

Ces deux décisions considèrent donc comme contre-lettres, non seulement les modifications postérieures au contrat de mariage, mais même les changements antérieurs à celui-ci, lorsque comme le dit la Cour de Nancy, ils forment avec le contrat de mariage « un tout indivisible ». C'est, en effet, que dans ce cas, les parties ont eu l'intention de déroger au contrat de mariage. Si, dans la réalité des choses, ce dernier n'était pas encore couché sur papier, il existait déjà dans l'esprit des deux époux. C'est dans le but d'y porter atteinte qu'ils ont rédigé l'acte secret sous seing-privé. Pothier ne disait-il pas déjà[1] :

« On regarde comme contre-lettres non seulement les conventions ou donations faites depuis le contrat dans le temps intermédiaire hors la présence des parties, mais même les donations faites par des personnes qui se proposaient de s'épouser et qui voulaient le cacher à leurs familles ».

De même, la jurisprudence accorde l'action paulienne à un créancier dont le droit est né après la réalisation de l'acte frauduleux, lorsqu'il est prouvé que c'est en prévision de la créance future, en vue de lui porter préjudice,

1 POTHIER, *Communauté*, Introd. n° 1.

que cet acte a été effectué. Dans ce cas encore, il serait pourtant facile d'alléguer qu'au moment précis de l'acte frauduleux, le titre de créancier n'existait pas encore. Mais, la jurisprudence se préoccupe des mobiles des parties, de leurs intentions véritables.

Et pourquoi, dans l'hypothèse qui nous occupe, les arrêts considèrent-ils ainsi la mentalité des futurs époux ? La Cour de Nancy est très explicite sur ce point. C'est que les époux avaient voulu cacher à leurs parents leur acte sous-seing privé antérieur au contrat. Ils prétendaient se passer de l'assistance familiale. Or, il y avait, de par ce fait, incontestablement, abus d'influence d'un époux sur l'autre. Le sieur de Lambertye ne consentait à épouser la dame Chéronnait que si elle lui faisait donation de la jouissance d'un de ses immeubles. Or, il était à peu près certain que la mère de la future se serait opposée à un tel marchandage. Il fallait donc éviter qu'elle n'en eut connaissance. Et c'est dans ce but qu'avait été rédigé l'acte secret. Nous retrouvons donc, ici, l'un des fondements du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, la crainte des abus d'influence.

Cette jurisprudence n'est-elle pas également animée du désir de protéger les tiers ? C'est ce qu'affirme l'arrêt de la Cour de Nancy. — « Attendu qu'il est du plus haut intérêt social que les conventions matrimoniales ne soient pas paralysées, stérilisées, ou annulées même, par des conventions secrètes qui pourraient tromper les tiers ». Or, remarquons qu'il s'agissait en l'espèce d'un acte simulé, d'une contre-lettre au sens habituel du mot, donc inopposable par là même aux tiers. Et pourtant une telle protection des tiers n'a pas semblé suffisante à la jurisprudence, qui fait appel, même dans ce cas, aux formalités de l'article 1396. Nous voyons ainsi, une fois

de plus, que l'intérêt des tiers est le fondement essentiel du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Dès qu'il s'agit de sauvegarder les intérêts de ceux-ci, la Cour de Cassation redouble de vigilance.

Dès lors, il nous semble certain que, par les décisions précitées, la jurisprudence consacre notre thèse du rayonnement de l'immutabilité des conventions matrimoniales, même antérieurement à la rédaction du contrat de mariage. Mue par des considérations de bon sens, de sagesse, la jurisprudence considère les faits et les intentions des parties, et décide en conséquence. Elle a le grand mérite, selon nous, de ne pas s'être hypnotisée sur un moment juridique, celui de la célébration du mariage, en-deçà et au-delà duquel elle aurait institué des régimes différents. Si elle s'éloigne peut-être ainsi de la logique parfaite, du droit pur, elle se rapproche par contre de la réalité, et nous ne lui en tiendrons pas grief, bien au contraire.

Nous verrons malheureusement que les considérations de bon sens seront perdues de vue par la jurisprudence lorsqu'il s'agira pour elle de déterminer à quel moment cesse l'immutabilité des conventions matrimoniales. Elle assignera en effet, à ce principe, un terme fixe, sans se préoccuper aucunement des circonstances de fait.

Approuvons donc, une fois encore, les arrêts précités d'avoir décidé que le point de départ de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne pouvait être fixé une fois pour toutes, qu'il devait, au contraire, être tenu compte et des circonstances de fait et surtout des intentions des parties.

Ainsi, le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales se projette dans le temps, non seulement avant le mariage, mais encore parfois avant même la rédaction du contrat de mariage.

TITRE II

Après la dissolution du régime matrimonial

Les causes de dissolution d'un régime matrimonial quelconque sont multiples. Les unes opèrent par voie de conséquence, car le mariage lui-même est dissous. Telles sont la mort, le divorce, l'annulation du mariage. Les autres opèrent par voie principale, bien que le mariage subsiste encore. Elles sont également au nombre de trois, la séparation de corps, la séparation de biens, l'absence. Que devient dans cette deuxième série d'hypothèses le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales lorsque le régime est ainsi dissous, mais que l'union conjugale subsiste ?

C'est une question très peu entrevue et pourtant extrêmement intéressante. Car, remarquons-le dès d'abord, lorsque le mariage a pris fin, il y a dissolution du régime matrimonial primitif sans aucune substitution d'un régime postérieur. Il en va tout différemment au cas où la vie commune persiste, car il est alors nécessaire qu'un nouveau régime de biens vienne remplacer le statut

originaire. Nous nous bornerons à étudier l'hypothèse de la séparation de biens car, d'une part, la séparation de corps emporte toujours séparation de biens et, d'autre part, la dissolution du régime matrimonial par l'absence ne nous fournirait pas d'éléments nouveaux.

Préoccupons-nous donc du sort de l'immutabilité des conventions matrimoniales, lorsqu'intervient une séparation de biens judiciaire. Telle était aussi la question qu'avait à résoudre l'arrêt de la Chambre civile, du 3 novembre 1924[1].

Le problème soulevé devant la Cour de cassation, le 3 novembre 1924, était en effet le suivant : L'acte liquidatif d'une communauté, après séparation de biens, pouvait-il déroger, de l'accord des parties, au contrat de mariage ? La femme, dans le contrat de mariage, avait stipulé la reprise francs et quittes de certains titres. Or ces titres se trouvaient, lors de la séparation de biens, engagés à des créanciers du mari. Dans l'acte liquidatif de la communauté, les époux avaient fait alors insérer la phrase suivante : « l'épouse déclare reprendre ces valeurs avec tous les droits et obligations qui y sont attachés, et faire son affaire personnelle de l'effet du nantissement qui les grève ; en conséquence, elle déclare décharger expressément son mari de toute responsabilité actuelle et future et, par suite, aucune indemnité ne pourra être ajoutée à ses reprises et créances ».

L'arrêt de 1924 déclare cette clause non obligatoire pour la femme, et admet celle-ci à poursuivre contre le mari la créance à laquelle elle avait renoncé et à faire valoir, pour le paiement de cette créance, son hypothèque légale dans un ordre ouvert sur un immeuble du mari.

1. D., 1925.1.137 et *Gaz. Pal.*, 1925.1.36.

Sur quels arguments la Cour de Cassation s'est-elle appuyée pour aboutir à une telle décision ? Comme le dit très justement M. Savatier, dans sa remarquable note au Dalloz sous cet arrêt [1], elle aurait pu se placer sur le terrain de la révocation des donations entre époux. En effet, la femme avait, par la clause de l'acte liquidatif, renoncé à la récompense dont elle pouvait être créancière du fait de l'affectation de ses valeurs propres au paiement des créanciers du mari. Or, cette renonciation était une remise de dette, donc une donation indirecte consentie par la femme au mari. Dès lors, la femme pouvait révoquer à sa guise cette donation et rétracter sa renonciation. C'est ce qui résultait, implicitement, du fait de produire dans l'ordre ouvert sur l'immeuble du mari.

La Cour a négligé ce point de vue et s'est placée sur le terrain de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais remarquons que, soit en déclarant les donations entre époux révocables *ad nutum*, soit en affirmant le maintien du principe d'immutabilité après la séparation de biens, la Cour de Cassation aboutissait à la même solution. Nous voyons donc nettement, dans cet arrêt, que c'est par le caractère révocable des donations entre époux que le principe d'immutabilité est sauvegardé. Cette décision nous fait apparaître clairement le lien étroit entre l'immutabilié des conventions matrimoniales et la révocabilité des donations entre époux.

Passons sur cette remarque incidente qui mériterait pourtant, à elle seule, une étude approfondie, et revenons à notre sujet immédiat : à savoir l'affirmation, par la Chambre civile, du maintien de l'immutabilité, aprés séparation de biens judiciaire.

1. *Loc. cit.*

M. Savatier qui ne fait en celà que reproduire les motifs de l'arrêt, déclare dans son commentaire : « Pour juger ce raisonnement, c'est la portée de la séparation de biens judiciaire qu'il fallait avant tout définir. Etait-il vrai qu'en dissolvant la communauté elle ne laissât rien subsister de l'intangibilité des clauses du contrat de mariage qui réglaient le sort des biens conjugaux ? ».

Un examen approfondi nous porte à croire que là n'est pas le véritable problème. La persistance de l'immutabilité des conventions matrimoniales, après séparation de biens, ne ramène pas à la portée du jugement de séparation de biens. La Cour de Cassation, la doctrine[1], M. Savatier lui-même tout au moins partiellement, ont déplacé le débat. Ils se posent en effet, tous, la question suivante : « L'immutabilité des conventions matrimoniales persiste-t-elle après séparation de biens ? » Mais *de quelle immutabilité s'agit-il au juste* ? D'après eux, sans doute, il n'y en a qu'une, celle du régime primitif combiné avec les modifications partielles résultant de la séparation de biens. Nous ne sommes pas du même avis. Nous croyons, au contraire, que le jugement de séparation de biens *dissout* effectivement le régime de communauté, comme le déclare le Code dans l'article 1441, et partant, que deux régimes différents se succèdent dans le temps. Dès lors, nous reposons à nouveau notre question initiale : « Après séparation de biens, de quelle immutabilité s'agit-il ? De celle de l'ancien régime (communauté) ou de celle du nouveau régime (séparation de biens) ? Il ne faut pas, en effet, perdre de vue un point essentiel, à notre sens. C'est qu'il y a deux immutabilités successi-

1. GAUDEMET, « *Revue trim. droit civil* », 1925, p. 96 ; Commentaire de l'arrêt du 3 novembre 1924 à la *Gaz. Pal.*, 1925.1.36.

ves. Or la clause litigieuse de l'arrêt de 1924 s'intègre dans la liquidation de la communauté. Et là, nous touchons au point central, primordial de la discussion. Le moment de la liquidation de la communauté est-il régi par la première ou la deuxième immutabilité ?

Nous étudierons donc, en deux chapitres, tout d'abord le point de vue de la jurisprudence, c'est-à-dire la portée de la séparation de biens, puis nous développerons ensuite notre thèse des deux immutabilités successives.

Chapitre I. — *La portée du jugement de séparation de biens.*

Chapitre II. — *Les deux immutabilités successives.*

CHAPITRE PREMIER

LA PORTÉE DU JUGEMENT DE SÉPARATION DE BIENS

La séparation de biens judiciaire est traditionnellement considérée comme une cause de *dissolution* du régime matrimonial. Or, si le régime est ainsi dissous, il semble bien que les conventions matrimoniales soient mises à néant par le jugement de séparation de biens, qu'il n'en subsiste rien. Mais est-il bien exact d'employer le terme radical de « dissolution » ? Nous voici, une fois de plus, en présence d'une de ces affirmations de principe qui paraît *a priori* indubitable mais qui, après examen approfondi, s'avère très incertaine.

Or la plupart des auteurs qui se sont préoccupés de la question affirment, au contraire, que le jugement de séparation de biens n'a que des effets limités et laisse subsister, pour le surplus, toutes les dispositions du régime antérieur.

M. Gaudemet dit en effet à ce sujet[1] « la séparation de biens judiciaire est la plus grave des exceptions apportées par le Code civil au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais encore convient-il de définir la portée de cette exception. Il n'en résulte pas que les conventions matrimoniales soient, dans leur

1. GAUDEMET, « *Revue trim. droit civil* », 1925, p. 96.

ensemble, mises à néant par le jugement de séparation, ni que les époux acquièrent pleine liberté d'agir contrairement aux dispositions de leur contrat de mariage. En dehors de ses effets relatifs à la dissolution anticipée de la communauté ainsi qu'à la capacité et aux pouvoirs de la femme, le jugement laisse subsister, avec leur immutabilité, toutes les clauses du contrat qui sont compatibles avec le régime nouveau ».

La Chambre civile, dans son arrêt du 3 novembre 1924, n'est pas moins catégorique « si la séparation de biens apporte une exception au principe d'immutabilité en restituant à la femme commune en biens l'administration et la jouissance de son patrimoine et en entraînant une dissolution anticipée de la communauté, elle ne produit pas d'autres conséquences que ces deux effets indiqués par la loi ; notamment, la liquidation de la communauté doit s'effectuer en conformité des stipulations du contrat qui la concernent, la séparation de biens, instituée pour sauvegarder les droits de la femme compromis par la mauvaise administration du mari ne pouvant avoir pour résultat de valider un accord par lequel elle se dépouillerait des garanties prescrites dans son intérêt et dans celui de la famille par le pacte matrimonial ».

Enfin M. Savatier soutient la même thèse, dans son commentaire de l'arrêt de 1924. Le jugement de séparation de biens a deux effets et deux seulement : donner à la femme l'administration et la jouissance de ses biens, provoquer une liquidation anticipée de la communauté. Mais sur tous les autres points, c'est le régime antérieur qui continue à fonctionner.

D'ailleurs, disent ces auteurs, considérons le régime

dotal. Le jugement de séparation de biens en entraîne-t-il la disparition ? Aucunement. La dotalité et toutes ses conséquences subsistent. D'une part l'inaliénabilité et son corollaire l'insaisissabilité sont toujours en vigueur. D'autre part, les clauses d'emploi et de remploi insérées au contrat de mariage fonctionnent encore. Donc, si la séparation de biens a des effets limités lorsqu'elle intervient après le régime dotal, il en est de même lorsqu'elle fait suite à un régime de communauté.

Nous allons reprendre ce raisonnement en étudiant successivement : les effets de la séparation de biens intervenant au cours du régime dotal, les effets de la séparation de biens intervenant au cours du régime de communauté.

Section 1

Effets de la séparation de biens intervenant au cours du régime dotal

Sous-Section I

Persistance, après séparation de biens, de l'inaliénabilité dotale et de ses corollaires.

Il est incontesté que le jugement de séparation de biens ne met aucunement fin à la dotalité. La dot, en effet, a toujours une mission à remplir. Elle doit être conservée intacte pour pourvoir aux besoins du ménage. il est déjà assez malheureux que, malgré la dotalité, elle ait été mise en péril par le mari. Il faut donc, à tout prix, éviter que la femme, par son inexpérience, sa

maladresse, réitère les négligences et les légèretés de son conjoint[1].

§ 1. — Maintien de la distinction des biens dotaux et paraphernaux.

C'est par application de ce principe que la distinction des biens de la femme en dotaux et paraphernaux continue à subsister dans son intégrité ; les règles suivant lesquelles se détermine la consistance de la dot ne subissent, par l'effet de cette séparation, aucune modification. Non seulement les biens acquis antérieurement au jugement de séparation gardent leur caractère de biens dotaux ou paraphernaux, suivant les cas, mais encore les acquisitions nouvelles sont soumises aux mêmes règles que les anciennes. C'est ainsi que les biens recueillis à titre gratuit, après séparation de biens, par une femme qui s'est constituée en dot tous ses biens à venir, sont dotaux, absolument comme si elle en avait été bénéficiaire avant la séparation. A l'inverse ne sont pas dotaux les biens cédés, en paiement de ses reprises dotales, à la femme séparée de biens[2].

§ 2. — Maintien de l'inaliénabilité dotale.

Puisque la dotalité subsiste, l'inaliénabilité de la dot persiste, qu'il s'agisse d'immeubles ou de meubles. La femme ne peut aliéner ou hypothéquer les immeubles

1. Josserand, t. III, n° 678 ; — Planiol, Ripert, Nast, t. VIII, n° 1253 et suiv. ; Aubry et Rau, VIII, § 539, texte et note 1.

2. Req., 23 février 1817, S., 1818.1.8 ; Bordeaux, 5 février 1829, S., 1829.2.188 ; Riom, 8 août 1843, S., 1844.2.590 ; Civ., 12 avril 1870, S., 1870.1.185 ; Cass., 16 mars 1897, S., 1897.1.265 ; Rouen, 12 août 1904, D., 1907.2.169.

dotaux que dans les cas prévus par la loi ou le contrat de mariage. Elle ne peut pas non plus ratifier les aliénations faites irrégulièrement par son mari avant la séparation de biens[1].

En conséquence, si elle avait fait comprendre dans la liquidation de ses reprises le prix d'alinéation de ses immeubles, elle pourrait bien demander, pour le montant de ce prix, une collocation provisoire dans les ordres ouverts sur son mari ; mais elle ne serait pas autorisée à exiger, avant la dissolution du mariage, le paiement de cette collocation[2]. Sinon, en recevant un tel paiement, elle renoncerait à son action en nullité. Enfin, elle peut encore moins poursuivre les tiers détenteurs des immeubles frappés de son hypothèque légale[3].

Quant aux meubles, leur inaliénabilité, loin de disparaître, est renforcée, aggravée par le jugement de séparation de biens. Car, d'aliénables qu'ils étaient entre les mains du mari, ils deviennent inaliénables entre les mains de la femme, après séparation de biens. Et pourquoi donc cette sévérité accrue ? C'est qu'il y aurait un très grave danger à laisser à la femme la disposition de sa dot mobilière, car elle serait privée de tout recours contre quiconque ; le mari ne saurait être rendu responsable des dilapidations qu'elle aurait commises à un moment où l'administration de la dot lui avait échappé. Avant la séparation, la protection de la dot mobilière était assurée par le recours de la femme contre le mari administrateur, recours garanti par l'hypothèque légale,

1. Bordeaux, 26 février 1835, J.G. *Contrat de mariage*, n° 350 ; Riom, 6 décembre 1848, D., 1849.2.140.
2. Aubry et Rau, VIII, § 529, textes 6 et 7.
3. Nîmes, 29 août 1826, S., 1828.2.47 ; Riom, 6 décembre 1848, S., 1849.2.147.

elle-même intangible ; après la séparation, cette protection ne peut plus revêtir qu'un seul aspect : l'inaliénabilité de la dot entre les mains de la femme.

Il est ainsi interdit à la femme de renoncer à ses reprises dotales, ou de les compromettre par des cessions ou des transactions[1] ou de renoncer à son hypothèque légale dans la mesure où elle garantit des créances dotales. Et surtout, la femme ne peut disposer de ses créances dotales, en les cédant, ou en y renonçant[2]. Ainsi donc, la femme est encore plus rigoureusement traitée que son mari, par application des principes généraux du régime dotal, régime essentiellement protecteur des intérêts de cette dernière.

§ 3. — Maintien et renforcement de l'insaisissabilité dotale.

La dot qui ne peut être compromise directement, par voie d'aliénation, ne peut pas l'être davantage par voie d'obligation. Aussi l'insaisissabilité persiste-t-elle, après la séparation de biens, tout comme l'inaliénabilité ; les créanciers avec lesquels la femme a traité depuis la séparation ne peuvent saisir ni les biens dotaux en capital, ni les revenus dotaux, du moins ceux qui sont nécessaires aux besoins du ménage. En effet si ces revenus pouvaient être saisis, il faudrait, pour subvenir aux charges familiales, prélever sur les biens en capital, et la dot serait alors compromise. Bien plus, depuis l'arrêt des Chambres Réunies du 7 juin 1864[3], ces revenus ne

1. Civ.. 19 novembre 1933, J.G., n° 3507 ; Req., 29 juillet 1862, D., 1863.1.366 ; Req., 27 avril 1880, D., 1880.1.431.
2. Req., 29 juillet 1862, S., 1863.1.443 ; Paris, 9 novembre 1897, D., 1898.2.464 ; Aubry et Rau, VIII, § 539, texte et note 14.
3. S., 1864.1.201 note Dutruc.

peuvent plus du tout être saisis par les créanciers antérieurs à la séparation de biens, même pour la partie qui excède les besoins du ménage. La Cour de Cassation craint, en effet, que la femme, ait, sous l'influence de son mari, engagé l'avenir en compromettant ses revenus dotaux, par des actes intervenus avant la séparation de biens.

§ 4. — Cessation de l'imprescriptibilité.

Mais, si l'inaliénabilité et l'insaisissabilité dotale subsistent, après le jugement de séparation de biens, si même l'inaliénabilité mobilière et l'insaisissabilité des revenus sont aggravés de par ce jugement, l'article 1561 fait disparaître par contre l'imprescriptibilité dotale. Sur quel fondement ? Il semble qu'il soit difficile de justifier une telle différence entre des notions si proches l'une de l'autre. D'ailleurs la jurisprudence, qui déplore cette disparition de l'imprescriptibilité, la fait très ingénieusement revivre en partie, en affirmant, sinon l'imprescriptibilité des biens dotaux, du moins l'imprescriptibilité des actions en nullité. L'article 1560, dit en effet la jurisprudence, stipule que de telles actions sont imprescriptibles pendant toute la durée du mariage, et même après la séparation de biens. Or, cet article qui s'oppose à l'article 1561 est spécial à la matière des actions en nullité. *Specialia generalibus derogant.*

Ainsi donc, malgré le jugement de séparation de biens, les principes généraux du régime dotal dominent toujours. C'est en assurer le respect que de proclamer le maintien de l'inaliénabilité dotale, de l'insaisissabilité dotale et même, partiellement tout au moins, de l'imprescriptibilité dotale.

Sous-Section II

Le maintien, après séparation de biens, des clauses d'emploi et de remploi insérées au contrat de mariage.

Si le jugement de séparation de biens n'entraîne pas, comme nous venons de le voir, la disparition de la dotalité, il n'en a pas moins un effet essentiel : celui de conférer à la femme l'administration de ses biens dotaux. Il est certain qu'après la séparation de biens, la femme peut, par exemple, passer des baux, toucher des loyers, exercer des actions dotales. Ainsi, dans cette mesure, le contrat de mariage semble écarté, les conventions matrimoniales originaires paraissent inapplicables.

Et pourtant, tel n'est pas le point de vue de la jurisprudence. La question s'est posée, à propos de la réception, par la femme, des capitaux dotaux. La femme, après la séparation de biens, reçoit souvent des sommes d'argent considérables, représentant soit la restitution de sa dot, soit d'autres valeurs dotales, telles que le prix d'un immeuble non remployé. Est-elle obligée de placer les sommes qui lui sont ainsi versées ? En réponse à une telle question, la jurisprudence fait à nouveau appel aux stipulations du contrat de mariage et distingue suivant qu'une clause d'emploi ou de remploi y avait ou non trouvé place.

§ 1. — Existence dans le contrat de mariage, d'une clause d'emploi ou de remploi.

Lorsque le contrat de mariage contient une clause de remploi, cette clause, même après la séparation de biens, continue à recevoir application et demeure obligatoire

pour la femme. La jurisprudence est unanime sur ce point. Ainsi, dans un cas voisin, lorsque le mari ne pouvait recevoir les deniers « dotaux » qu'à la condition de justifier de la suffisance de ses immeubles personnels » à titre de garantie hypothécaire, la femme ne peut de même toucher qu'à la condition de fournir une garantie hypothécaire suffisante. Sinon le débiteur n'est pas libéré et elle est en droit de lui réclamer un deuxième paiement[1].

La même solution est consacrée par la Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 26 juillet 1869[2]. Il s'agissait d'un contrat de mariage stipulant le régime dotal avec obligation de remploi jusqu'à concurrence de fr. 700. — du prix des immeubles dotaux aliénés. Puis intervient un jugement de séparation de biens. Une disposition de ce jugement soumet la femme à l'obligation de faire emploi de toutes les sommes dotales. La femme, ensuite, poursuit en responsabilité le tiers acquéreur d'un immeuble dotal qui s'acquitta du prix sans exiger d'emploi. La Cour de Cassation se prononce alors en faveur de la responsabilité du tiers acquéreur, mais seulement jusqu'à concurrence de fr. 700, et non pas au-delà de cette somme malgré l'obligation de remploi inséré dans le jugement de séparation de biens, car, dit l'arrêt : « la séparation de biens n'a pu imposer à la femme une obligation d'emploi que le contrat de mariage eût pu seul établir ». Cet arrêt est donc très significatif, la Chambre des Requêtes y affirme nettement sa volonté de s'en tenir strictement et fidèlement aux termes du contrat de mariage. « Le contrat de mariage, et uniquement le

1. Civ., 18 décembre 1888, D., 1890.1.350.
2. S., 1870.1.17.

contrat de mariage », voilà, à ce qu'il nous semble, la formule, le slogan de la Cour de Cassation.

Pourquoi donc cette grande fidélité au pacte matrimonial, même après la séparation de biens ? Même en admettant qu'après un tel jugement certaines parties du contrat subsistent, il semblerait que, tout au moins, dussent être écartées les clauses concernant l'administration des biens. C'est vraiment vouloir pousser le concept de la séparation de biens jusque dans ses derniers retranchements.

De plus, c'est au mari qu'incombe, de par le contrat de mariage, l'obligation de remploi. Pourquoi appliquer cette disposition à la femme, et affirmer, comme le font tous les arrêts « que la femme dotale est, par la séparation de biens, substituée au mari pour l'administration de la dot, et prend cette administration aux conditions déterminées pour le mari par la loi ou par le contrat de mariage »?

Doctrine et jurisprudence répondent alors que si, par contrat de mariage, les pouvoirs d'administration du mari sur les biens dotaux ont été ainsi restreints, *a fortiori*, faut-il restreindre ceux de la femme.

C'est, qu'en effet, avant la séparation de biens, la femme était protégée contre les dilapidations possibles du mari. Au cas où celui-ci garderait le prix de l'immeuble dotal aliéné, sans exécuter le remploi prescrit, la femme aurait, outre son action contre le tiers acquéreur et les tiers responsables, une créance contre son mari, créance garantie par l'hypothèque légale. Or, après la séparation de biens, la femme, si elle n'était pas assujettie à l'obligation de remploi, pourrait dépenser à son gré toutes les sommes qui seraient en sa possession, sans protection, ni recours, ni garantie d'aucune sorte.

Peu importe que, de par le contrat de mariage, ce soit le mari auquel incombe l'obligation de remploi, car c'est dans le but de protéger la femme que cette clause a été insérée. Or, après la séparation de biens, pour que ce même but soit atteint, il faut, cette fois, obliger la femme et non plus le mari à remployer. Peu importent les moyens employés, la fin est toujours la même, et c'est la protection de la femme.

§ 2. — Absence dans le contrat de mariage, de clauses d'emploi ou de remploi.

Que décide la jurisprudence dans l'hypothèse inverse où le contrat de mariage ne contient pas de clause d'emploi ou de remploi ? La plupart des arrêts font alors le raisonnement suivant : appliquons strictement, fidèlement, le contrat de mariage, mais n'en dépassons pas les termes. S'il y a une clause d'emploi, imposons-la à la femme, après la séparation de biens. Sinon, la femme est libre « la femme dotale séparée de biens reprend la libre administration des biens dotaux confiés jusqu'alors à son mari ; au rang des actes d'administration, l'article 1549 place la faculté de recevoir les capitaux de la dot sans autres restrictions que celles de la loi ou du contrat de mariage »[1].

Et même, le jugement de séparation de biens ne peut lui imposer un remploi non prescrit par le contrat de mariage. C'est ce qu'a affirmé l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 juillet 1869 précité[2], en décidant que le tiers acquéreur ne serait responsable du défaut de remploi que jusqu'à concurrence de fr. 700, — car le contrat de

1. Req., 12 juin 1901, S., 1902.1.124.
2. S., 1870.1.17.

mariage l'avait stipulé ainsi, et non pour le surplus, malgré la clause en ce sens contenu dans le jugement de séparation de biens « la séparation de biens n'a pu imposer à la femme une obligation d'emploi que le contrat de mariage eût pu seul établir ». Voilà donc une affirmation bien catégorique.

Mais, en lisant la suite des motifs de l'arrêt, il semble bien que le ton change, que la Cour de Cassation introduise des réserves. Que dit-elle en effet « ? Cette obligation ne pouvait *en tous cas* réagir contre les tiers, cette disposition du jugement de séparation de biens ne pouvant acquérir contre eux l'autorité de la chose jugée, et les conventions matrimoniales demeurent immuables à leur égard », Donc la Chambre des Requêtes admet implicitement la possibilité, pour le jugement de séparation de biens, d'imposer un emploi ou remploi à la femme. Elle se contente d'affirmer, que, dans ce cas, le jugement serait inopposable aux tiers. Mais il serait parfaitement valable entre les parties.

Ceci nous amène à étudier un deuxième courant de jurisprudence, relativement à la même question. Certains arrêts, en effet[1], décident que la condition d'emploi imposée par le Tribunal n'est pas contraire aux conventions matrimoniales. « Cette mesure... loin d'apporter aux conventions matrimoniales une modification, et de constituer une atteinte au principe de leur immutabilité, a au contraire pour effet d'en assurer l'exécution ».

D'autres arrêts valident des conventions d'emploi passées entre mari et femme au moment de la liquidation. L'espèce présentée devant la Chambre civile, le 13 dé-

1. Req., 14 mai 1884, S., 1885.1.61.

cembre 1865[1], était la suivante. Entre deux époux mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts, intervient une séparation de corps qui entraîne donc séparation de biens. Dans le traité portant règlement de leurs droits, il fut stipulé que les reprises dotales de la femme feraient l'objet d'un placement hypothécaire. La femme demande la nullité du traité, car, dit-elle, cette convention, destructive du pouvoir appartenant essentiellement à la femme séparée de biens de toucher ses créances, même dotales, porte atteinte aux conventions matrimoniales des époux, modifiées par le jugement de séparation de biens.

La Cour de Cassation répond, que si la femme séparée de biens reprend la libre administration et, par suite, la capacité de recevoir ou d'exiger le remboursement des capitaux qu'elle s'est constitués en dot, elle n'en demeure pas moins soumise à l'obligation de les conserver. Or la clause relative à l'obligation de placement est une mesure de conservation dictée par l'intérêt bien entendu des parties et de la famille.

D'après cette deuxième thèse, ce n'est plus le texte, la lettre du contrat de mariage qu'il faut examiner, mais son esprit. Or l'idée prédominante du régime dotal, quelle est-elle ? La protection de la dot. Donc, toutes mesures tendant à la conservation de la dot, bien loin de porter atteinte aux conventions matrimoniales, en assurent l'exécution.

Ainsi, nous avons trouvé deux courants jurisprudentiels. Le premier calque exactement les obligations de la femme, après séparation de biens, sur celles du mari, avant la séparation ; la femme, en conséquence, n'est

1. D., 1866.1.19.

obligée à remployer qu'au cas où le contrat de mariage contient une clause en ce sens, à la charge du mari. Le deuxième, plus sévère, impose dans tous les cas à la femme l'obligation de remploi.

Mais ces deux thèses, quelles que soient les différences qui les séparent, prouvent toutes deux qu'il y a unanimité sur un point : le jugement de séparation de biens n'anéantit pas le contrat de mariage, il ne fait qu'en modifier certains effets.

Dès lors, en présence de cette constatation, est-il exact de parler d'une dissolution du régime dotal par le jugement de séparation de biens ? Non, évidemment. En effet, le régime dotal est essentiellement caractérisé par l'existence de la dot, son inaliénabilité. Il est essentiellement dominé par l'idée de protection de la femme. Or, que se passe-t-il, après le jugement de séparation de biens ? la dot subsiste ; l'inaliénabilité persiste, aggravée même quant aux meubles ; les biens dotaux sont toujours insaisissables, les revenus qui ne l'étaient que partiellement le deviennent totalement, même pour la fraction dépassant les besoins du ménage. Enfin, la femme continue à être protégée, non plus contre son mari, mais contre elle-même ; la jurisprudence l'oblige, dans ce but, à placer les sommes dotales qu'elle reçoit, soit que le contrat de mariage ait imposé un tel emploi au mari, soit même qu'il n'ait rien stipulé à cet égard.

Tous les principes primordiaux, toutes les règles essentielles du régime dotal sont et demeurent en vigueur, même après la séparation de biens. Donc la conclusion s'impose, inévitablement. Le régime dotal n'est pas dissous par le jugement de séparation de biens. Comme le

dit M. Nast [1], « la séparation de biens, même si elle résulte d'une séparation de corps, ne détruit pas le régime dotal ; elle ne le remplace pas par un régime nouveau, car il n'est lui-même qu'un régime séparatiste. Ce qu'on appelle séparation judiciaire sous le régime dotal est une simple restitution anticipée de la dot, le jugement n'a d'autre effet que d'enlever au mari les pouvoirs qu'il avait sur les biens dotaux et de les transférer à la femme ». Le jugement de séparation de biens intervenant au cours du régime dotal n'a porté qu'une faible atteinte au principe d'immutabilité. Les conventions matrimoniales primitives, légèrement modifiées seulement, subsistent et restent immuables dans leurs grandes lignes.

Section 2

Effets de la séparation de biens intervenant au cours du régime de communauté

Ce point étant acquis, la doctrine [2] en déduit que lorsque le jugement de séparation de biens intervient au cours d'un régime de communauté, l'effet en est le même, non pas effet de dissolution du régime antérieur, mais simplement de modification partielle. Ce qui est vrai dans un cas, disent-ils, est vrai dans toutes les hypothèses. Le jugement de séparation de biens ne peut pas avoir une portée différente suivant le régime au cours duquel il est rendu. Sa cause est toujours la même, sa procédure est identique, les mesures de publicité ne varient pas, pourquoi les effets en seraient-ils différents?

1. Planiol, Ripert, *Traité pratique*, t. VIII, par Nast, n° 1253 et suiv.
2. Savatier, Gaudemet.

Les effets du jugement de séparation de biens ont un caractère uniforme et non multiforme.

Ce raisonnement, de prime abord, paraît très convainquant, et surtout il présente le grand avantage d'être simple et d'aboutir à une unité de vues. Mais n'avons-nous pas déjà dit que la simplicité pouvait être, bien souvent, un leurre, un mirage ? Et le droit, plus particulièrement, n'est-il pas une science toute en nuances, en distinctions, en différenciations ?

Aussi, croyons-nous devoir affirmer, à l'encontre de l'opinion précitée de MM. Savatier et Gaudemet, que la séparation de biens agit différemment suivant le régime au cours duquel elle intervient. Il est insuffisant, pour prouver que la séparation de biens ne dissout pas le régime de communauté, de démontrer que la séparation de biens ne dissout pas le régime dotal. L'argument fondé sur la persistance de la dotalité, de l'inaliénabilité, sur le maintien des clauses d'emploi ou de remploi, vaut pour le régime dotal et pour ce régime uniquement. Il n'a aucune valeur en ce qui concerne le régime de communauté.

Tant qu'on ne nous aura pas démontré, au moyen de preuves tirées du régime de communauté lui-même, qu'un tel régime subsiste après la séparation de biens, nous persisterons à croire que le jugement de séparation de biens dissout la communauté. C'est d'ailleurs l'avis de M. Nast[1] « sous la communauté, la séparation de biens entraîne la substitution d'un régime nouveau au régime primitif, car elle dissout la communauté : le seul moyen de protéger les intérêts de la femme dans la

1. Planiol, Ripert et Nast, *Traité pratique droit civil*, t. VIII, n° 1253.

masse commune ne peut être en effet que la cessation de la société de biens ».

Quels sont, en effet, les caractères distinctifs du régime de communauté ? Ce sont, d'une part, l'existence de la masse commune, d'autre part, les pouvoirs du mari sur ce patrimoine commun. Qu'en reste-t-il après la séparation de biens ? Un souvenir. Les biens communs ont été partagés, les larges pouvoirs du mari ont disparu, car ils ont fait leur preuve en mettant la dot en péril. C'est la femme qui, dorénavant, administre ses biens propres, c'est elle qui en a la jouissance. Comment prétendre alors que les conventions matrimoniales originaires continuent à recevoir application ?

Ce serait, à notre avis, pousser le principe de divisibilité du contrat de mariage un peu loin. Dans l'espèce du 3 novembre 1924, la discussion portait sur une clause de reprise de certains titres francs et quittes. Or cette clause, manifestement, avait été insérée en considération du régime adopté, elle gravitait autour de ce régime. Une fois celui-ci dissous, elle n'a plus de raison d'être. Il nous semble tout à fait illogique d'affirmer, tout à la fois, et la disparition de la masse commune et des larges pouvoirs du mari, et le maintien de stipulations qui n'avaient été adoptées que parce qu'il existait une masse commune, que parce que le mari avait de larges pouvoirs sur elle. Lorsque les règles caractéristiques du régime de communauté ne s'appliquent plus, le régime doit être considéré comme dissous. Après la séparation de biens, doivent disparaître avec lui toutes les dispositions pour lesquelles l'adoption de ce régime avait été la cause impulsive et déterminante.

Mais comment expliquer une telle différence entre la

séparation de biens intervenant après le régime de communauté et la séparation de biens intervenant après le régime dotal ?

C'est que, selon nous, l'esprit général, les principes directeurs du régime de communauté et du régime dotal sont tout différents. Le régime dotal est essentiellement un régime de sécurité familiale ; la dot intangible, inaliénable, insaisissable prend l'allure d'un bien de famille. Il ne s'agit pas seulement de réglementer les intérêts pécuniaires des époux, au cours de leur union, il s'agit encore de conserver les biens dotaux pour en faire bénéficier les enfants à naître, toute la descendance future. Dans le régime de communauté, au contraire, c'est un avenir plus immédiat qui est envisagé. Un tel régime est dominé, beaucoup plus par les intérêts des époux eux-mêmes, que par ceux de leurs descendants. Dès lors, il est facile de comprendre qu'un régime à longue portée tel que le régime dotal n'est pas anéanti par le seul fait d'un jugement de séparation de biens, mais que, par contre, un tel jugement suffit pour dissoudre le régime de communauté.

D'autre part, lorsque le régime de communauté est adopté, c'est parce que, dans l'esprit des parties au contrat de mariage, il vaut mieux laisser au mari de larges pouvoirs. Plus expérimenté que la femme, il saura mieux administrer qu'elle, se dit-on. Mais ces prévisions ont été démenties par les faits, le mari ne s'est pas révélé à la hauteur de sa tâche ; loin d'être l'administrateur prudent et sage que l'on avait espéré, il dilapide les biens et compromet la dot. Pour se protéger alors contre ces négligences, ces impérities et ces désordres financiers, la femme demande la séparation de biens.

Mais, sous le régime dotal, il en va tout différemment. Il ne suffit plus de protéger la femme contre le mari, il faut encore la protéger contre elle-même, contre sa propre faiblesse et son inexpérience. C'est pourquoi subsistent l'inaliénabilité et l'insaisissabilité dotales.

Ainsi donc, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 3 novembre 1924, précédemment étudié, a déclaré nulle la clause de l'acte liquidatif de la communauté, après séparation de biens, qui dérogeait aux stipulations du contrat de mariage. Elle s'est appuyée, pour ce dire, sur la portée du jugement de séparation de biens, en affirmant que le contrat de mariage n'était pas anéanti, mais seulement partiellement modifié, et que, par suite, la clause de reprise d'apports continuait à s'appliquer.

Nous rejetons donc délibérément cette thèse. Si une telle clause doit être maintenue, et c'est aussi notre avis, ce n'est nullement parce que le jugement de séparation de biens a des effets limités et laisse subsister pour le surplus les dispositions originaires du contrat. Un tel raisonnement aurait pu, à la rigueur, être tenu, s'il s'était agi du régime dotal. Mais, dans l'espèce, les époux avaient adopté primitivement le régime de communauté. Or ce dernier est, indiscutablement, dissous par la séparation de biens. Quelle est donc la véritable explication de l'arrêt de 1924 ? Nous croyons pouvoir la trouver dans ce fait que la clause litigieuse était intégrée dans l'acte liquidatif. Or, au moment de la liquidation, est-ce le régime de communauté qui s'applique encore ou est-ce déjà le régime de séparation de biens qui entre en jeu? Il y a, en effet, dans une telle situation, deux immutabilités successives. Le véritable problème consiste à déterminer leur portée respective dans le temps.

Selon nous, la liquidation d'un régime doit être faite selon les bases de ce régime. C'est donc à ce titre que la clause de reprise francs et quittes doit être maintenue et qu'il n'est pas permis aux époux d'y porter atteinte par une stipulation contraire. Le règne de la communauté ne s'éteint vraiment qu'après la liquidation faite.

CHAPITRE II

LES DEUX IMMUTABILITÉS SUCCESSIVES

Essayons à présent de démontrer que, lorsqu'intervient un jugement de séparation de biens au cours d'un régime de communauté, deux immutabilités se succèdent dans le temps. Puis, nous rechercherons quelle est, de ces deux immutabilités, celle qui s'applique au moment de la liquidation de la communauté.

Section 1

Succession, dans le temps, de deux immutabilités.

Le jugement de séparation de biens a deux effets : il dissout le régime de communauté, il substitue au régime matrimonial primitif le régime de séparation de biens.

Or il est incontestable que le principe d'immutabilité s'applique au régime de séparation de biens contractuelle comme à celui de la communauté. L'article 1395 est conçu en termes très généraux, ne laissant place à aucune distinction. Les raisons sur lesquelles s'appuie le principe d'immutabilité —.caractère de pacte de famille, crainte d'abus d'influence, intérêt des tiers — existent tout autant lorsqu'il s'agit du régime de séparation que du régime de communauté.

Il doit donc en être de même de la séparation de biens judiciaire, soumise à la même réglementation que la séparation de biens contractuelle. Et pourtant, semble-t-il, une grande différence sépare ces deux régimes. La séparation de biens contractuelle résulte d'un accord de volontés, elle est adoptée dans le contrat de mariage lui-même. Par contre, c'est d'un jugement que résulte la séparation de biens judiciaire, le terme même l'indique. Le jugement a été provoqué par une manifestation *unilatérale* de volonté, celle de la femme. L'immutabilité d'un tel régime est donc beaucoup moins certaine que celle du régime contractuel, ce dernier seul constituant une véritable *convention* matrimoniale.

Ce raisonnement est erronné, de toutes pièces. En effet, de même que les parties se soumettent, en l'absence de contrat, aux règles légales de la communauté, de même le fait de demander une séparation de biens judiciaire équivaut à se soumettre aux règles légales de la séparation de biens. Peu importe la cause, soit conventionnelle, soit judiciaire, qui a établi le régime, celui-ci n'en est pas moins immuable.

D'ailleurs, les règles de la séparation de biens sont identiques dans les deux cas envisagés ; la femme a la libre administration et jouissance de ses biens ; l'incapacité de l'article 1449, une des rares incapacités encore en vigueur malgré la loi du 18 février 1938, interdit les aliénations immobilières, à la femme séparée de biens, tant judiciairement que contractuellement.

Enfin, dans l'une et l'autre hypothèse, le mari est tenu à remploi dans les cas envisagés à l'article 1450. Il est même remarquable de noter que les articles 1449 et 1450 trouvent place, dans le Code, au Chapitre II,

intitulé « Du régime en communauté », et plus spécialement sous la section III qui a pour titre « De la dissolution de la communauté et de quelques-unes de ses suites ». Donc, c'est sous la rubrique de la séparation de biens judiciaire que sont insérées les règles essentielles du régime de séparation de biens.

Il n'est donc pas douteux que, malgré certaines divergences de détail relatives à la contribution aux charges du ménage, le mécanisme est le même.

La doctrine, d'ailleurs, ne fait pas de difficulté sur ce point : « l'origine de la séparation de biens, dit M. Nast [1] est tantôt judiciaire, et tantôt conventionnelle ; mais cela ne fait pas deux régimes de séparation de biens, car il n'y a qu'une seule réglementation ». MM. Aubry et Rau s'expriment en ces termes [2] : « Les principes qui régissent la situation résultant d'une séparation de biens judiciaire sont, en général, applicables au régime de séparation de biens contractuelle ».

Un autre argument pourrait néanmoins être opposé à cette thèse. On pourrait, en effet, invoquer une autre différence entre les deux régimes de séparation de biens. Le régime contractuel est totalement immuable, le régime judiciaire ne l'est que partiellement, par suite de la faculté reconnue aux époux par l'article 1451 de rétablir ultérieurement la communauté primitive.

Mais cette argumentation ne saurait nous convaincre. La question n'est pas de savoir qu'elle est, sous le régime contractuel ou sous le régime judiciaire, l'immutabilité la plus immuable (s'il nous est permis de faire ce jeu de mots peu heureux). Ce qui nous importe, c'est de démontrer que le régime de séparation de biens, institué par

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. VIII, par Nast, n° 1005.
2. Aubry et Rau, t. VIII, § 532, textes et notes 1, 2, 3.

jugement, et succédant au régime de communauté, est soumis comme tous autres régimes au principe d'immutabilité. M. Savatier l'affirme nettement, dans son commentaire de l'arrêt de 1924. « Ce serait une erreur, dit-il [1], de s'imaginer que la séparation de biens, au point de vue de l'immutabilité des conventions matrimoniales, assure une libération, même relative, des époux. Ils ne font, en réalité, que passer d'un régime immuable à un autre régime dont l'immutabilité, non moins lourde, ne comporte qu'une réserve : la faculté de revenir, d'une manière définitive et absolue, au régime précédent ».

Ceci est manifeste. D'ailleurs la jurisprudence est unanime à déclarer que les sociétés entre époux, même séparés de biens judiciairement, sont nulles. Et l'on sait qu'une telle nullité repose principalement, et même exclusivement depuis la loi de 1938 qui a supprimé l'autorité maritale, sur l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les époux qui ont choisi le régime contractuel de séparation de biens ou qui sont soumis à ce régime après la mise en péril de la dot, ont voulu établir une cloison étanche entre leurs biens respectifs. Il leur est interdit ensuite de mettre une partie de leurs biens en commun, ce qui adviendrait s'ils pouvaient s'associer. Les sociétés entre époux, étant nulles lorsqu'elles interviennent sous le régime de la communauté, sont *a fortiori* nulles sous le régime de la séparation de biens, exclusif de toute mise en commun de biens quelconques.

Or, de nombreux arrêts, avons-nous dit, affirment la nullité des sociétés entre époux même au cas où une séparation de biens judiciaire est intervenue [2]. La formule de

1. Note au D., 1925.1.136.
2. Civ., 7 mars 1888, D., 1888.1.350 ; Req., 11 avril 1906, D., 1908.1.285, Civ., 3 juillet 1917, D., 1917.1.217 ; C. civ., 23 janvier 1912, D., 1912.1.481.

ces arrêts est toujours la même. « Toute société formée entre époux, même séparés de biens judiciairement, est entachée de nullité, comme incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et susceptible de porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ».

L'arrêt de la Chambre civile du 7 mars 1888 est encore plus explicite sur ce point : « Aux termes de l'article 1388, les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme. Aux termes de l'article 1395 les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. L'article 1451 du même Code déclare nulle toute convention par laquelle les époux judiciairement séparés rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement. Il résulte de ces principes que toute société existant entre époux, même séparés de biens judiciairement, conférerait à chacun de ses membres une égalité de droits incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et modifierait les rapports d'intérêts existant entre eux, contrairement à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales ».

Cet arrêt semble dire que le fait, pour les époux, de constituer une société après séparation de biens judiciaire, équivaudrait en quelque sorte à rétablir un régime de communauté, en dehors des formes exigées par l'article 1451. Ce raisonnement n'est peut-être pas très exact, car on ne peut pas assimiler en tous points le régime de la communauté à une société. L'arrêt est néanmoins intéressant à retenir, car il affirme nettement la nullité de la société, après séparation de biens judiciaire.

Nous voyons donc, par là, qu'à l'immutabilité primitive du régime de communauté succède l'immutabilité du régime de séparation de biens. Les époux ne sont pas plus libres de modifier leurs conventions matrimoniales, après le jugement de séparation de biens qu'avant.

Section 2

La portée dans le temps de chacune d'elles

Deux immutabilités se succèdent dans le temps. Mais à quel moment précis la première laisse-t-elle place à la seconde, quel est l'instant où le règne de l'une se termine et le règne de l'autre commence ? La réponse paraît simple. C'est le jugement de séparation de biens qui opère la délimitation des deux régimes. Or il faut tenir compte de la rétroactivité de ses effets pécuniaires au jour de la demande en justice. Passé cet instant, le règne de la communauté serait définitivement terminé. En conséquence, ce ne serait plus suivant le régime de communauté que la liquidation devrait être faite. Il n'y aurait plus à se préoccuper des clauses relatives à la liquidation que pourrait contenir le contrat de mariage primitif.

Cette thèse nous paraît insoutenable. Ainsi, dans un contrat de mariage, les époux ou leurs parents prennent grand soin de déterminer comment seront répartis et attribués les différents biens conjugaux, lorsque le régime adopté prendra fin. Désireux de ne rien laisser dans l'incertitude, ils ont tout réglementé. Et il serait loisible aux époux de n'en tenir aucun compte, de réduire à néant toutes les clauses adoptées, de renier tout ce qu'ils avaient accepté au préalable ? Alors nous nous

demandons à quoi sert le contrat de mariage, à quoi sert le beau principe d'immutabilité des conventions matrimoniales !

Nous voici en présence de clauses relatives à la liquidation du régime, *qui ne pourront donc venir au jour qu'au moment d'une telle liquidation.* Et, à cet instant précis, on les rejette dédaigneusement, on prétend ne les avoir jamais connues ! Quelle belle logique, en vérité! Que dirait-on d'un directeur de théâtre qui aurait engagé des acteurs, leur aurait appris leurs rôles respectifs durant de longs mois, en vue du spectacle futur et qui, au moment même de la représentation, leur interdirait de paraître en scène ? C'est le même cas qui se présente ici. Il faut donc, de toute évidence, faire la liquidation du régime de communauté suivant les clauses insérées au contrat de mariage, à ce sujet.

C'est d'ailleurs l'avis de M. Savatier[1].

« Pourquoi, dit-il, ne s'appliquerait-il (le principe d'immutabilité) pas en particulier aux règles par lesquelles le contrat de mariage détermine la répartition et garantit l'attribution des biens conjugaux à la dissolution de la communauté ? C'est précisément dans la liquidation de celle-ci, donc après la séparation de biens, que ces clauses arrivent à l'existence : quelle sauvegarde resterait-il aux intérêts protégés par la règle de l'immutabilité, si, à ce moment même, de telles clauses cessaient d'être intangibles ? ».

Le principe d'immutabilité, si on ne l'appliquait pas au moment de la liquidation de la communauté, resterait donc à l'état de lettre morte, tout au moins quant aux clauses du contrat de mariage relatives à la réparti-

1. Note sous l'arrêt du 3 novembre 1924, D., 1925.1.136.

tion et à l'attribution des différents biens. Or toutes les raisons qui, traditionnellement, sont à la base du principe d'immutabilité, trouvent leur application dans ce cas.

Le contrat de mariage, dit-on généralement, est un pacte de famille. La plupart du temps, ses dispositions sont l'œuvre des parents des futurs époux. Or ceux-ci ont exprimé leurs volontés en réglant, à l'avance, la liquidation de la communauté.

Il faut donc, pour que leurs intentions soient respectées, empêcher à tout prix les époux de mettre à néant, d'un coup de plume, les stipulations matrimoniales. Une jurisprudence contraire ne ferait que fortifier le sens, trop répandu, hélas, de l'indépendance, de l'émancipation et même de l'irrespect vis à vis de l'autorité familiale.

D'autre part, dans une liquidation de communauté qui ne serait pas faite en conformité du pacte matrimonial, pourraient facilement se glisser des donations entre époux qui participeraient alors, illégalement, du caractère d'irrévocabilité.

Enfin et surtout, si l'on veut protéger efficacement les tiers, il faut obliger les époux à liquider la communauté suivant leur contrat de mariage. Envisageons, en effet, la situation des créanciers d'un des époux. Ils ont le plus grand intérêt à connaître exactement l'étendue du patrimoine de leur débiteur, de ce patrimoine qui constitue leur gage.

Il ne faut pas que la liquidation de la communauté puisse leur procurer la surprise désagréable de voir leurs prévisions déjouées. En effet, en consultant le contrat de mariage, ils avaient pu se faire une idée, pour

le moins approximative, des biens qui, d'après le fonctionnement régulier du régime adopté, devaient appartenir à leur débiteur. Si les époux pouvaient liquider sur d'autres bases, tous les calculs effectués par les créanciers se révéleraient inexacts. Donc les créanciers ont intérêt à ce que les époux ne modifient en rien leurs conventions matrimoniales car, dit M. Savatier, « C'est au moment de la liquidation que le patrimoine de leur débiteur, tel qu'il est établi par le contrat de mariage, doit apparaître avec netteté, pour leur permettre l'exercice de leurs droits ».

C'est donc pourquoi, à notre avis, l'arrêt du 3 novemnere 1924 a annulé le traité par lequel les époux, au cours de la liquidation, avaient écarté la clause de reprise francs et quittes de certains titres, contenue dans leur contrat de mariage.

M. Savatier a très bien vu cet aspect de la question, mais il a eu le tort, croyons-nous, de ne s'appuyer sur cet argument qu'en deuxième lieu, après avoir accepté le raisonnement de l'arrêt, relatif à la portée de la séparation de biens judiciaires. Or, si l'on admet, comme semble le faire M. Savatier, que la séparation de biens judiciaire ne dissout pas le régime de communauté, pourquoi alors se poser la question de savoir si un tel régime s'applique au moment de la liquidation ? Son application devrait être continue, même après séparation ! Il nous semble même que M. Savatier se contredit ensuite, en disant que la clause litigieuse, si elle ne pouvait prendre place dans l'acte liquidatif, aurait, au contraire, été valable, une fois la liquidation achevée. Non! elle devrait être nulle encore, puisque, d'après cette conception, la séparation de biens n'a que deux effets restreints

et que, pour le surplus, le contrat de mariage primitif joue toujours !

Donc, nous persistons à rejeter absolument le raisonnement fondé sur la portée du jugement de séparation de biens. Mais, si nous repoussons les motifs de l'arrêt de 1924, nous approuvons pleinement son dispositif. Il prouve, en effet, que, même au moment de la liquidation du régime, les époux ne peuvent modifier leur contrat de mariage.

Le régime de communauté est ainsi, en quelque sorte, réputé survivre après sa dissolution, jusqu'à sa liquidation. Nous retrouvons là une règle analogue à celle des sociétés. En effet, la dissolution met fin à l'existence de la société. Cependant, on est d'accord pour ne pas appliquer les conséquences logiques de cette idée, à cause des inconvénients graves qui en résulteraient pour les tiers et pour les associés eux-mêmes. On admet, au contraire, en jurisprudence comme en doctrine, que la société dissoute est censée conserver sa personnalité morale pour les besoins de la liquidation jusqu'à ce que celle-ci soit terminée.

Mais, une fois la liquidation achevée, le règne de la première immutabilité cesse. Les règles de la séparation de biens s'appliquent. C'est encore ce que dit M. Savatier : « Nous pensons même que, dans cette liquidation, ne peuvent s'incorporer des clauses qui seraient permises aux époux séparés, une fois la liquidation achevée. Pour comprendre comment la question se pose, il faut observer que cette liquidation, définissant et séparant les patrimoines conjugaux, va rendre possibles entre eux des transferts de valeurs que le régime de communauté, en bloquant ces patrimoines, ne permettait pas de conce-

voir. De tels arrangements vont même se trouver absolument indispensables, une fois la séparation exécutée, pour assurer pratiquement la vie commune au moyen de ressources prélevées sur les patrimoines séparés. La légitimité en est certaine, dans les limites du nouveau régime, et le plus souvent, sous réserve de révocation. Mais ces arrangements ne sont légitimes qu'autant qu'ils ne viennent pas modifier et obscurcir, en s'y incorporant, la liquidation du régime de la communauté. Celle-ci doit tout d'abord être faite purement et simplement suivant le régime qu'il s'agit de liquider. Ainsi l'exigent tous les intérêts protégés par l'immutabilité de ce régime. Ce n'est qu'après cette liquidation et sur la table rase qu'elle aura faite, qu'interviendront valablement, au besoin dans le même acte, les arrangements entre époux permis, sur les patrimoines ainsi délimités par le régime de séparation de biens ».

Nou voyons ainsi qu'une même clause, nulle lorsqu'elle s'intègre dans l'acte liquidatif de la communauté, serait, par contre, valable si elle était intervenue après cette liquidation au cours du régime de séparation de biens. Pourquoi donc cette différence ? C'est que, dans le deuxième cas, la rédaction d'une telle stipulation constituerait un acte nouveau, tout à fait indépendant des conventions matrimoniales primitives, lesquelles ne s'appliquent plus. Dans le premier cas, au contraire, le régime de communauté développe encore ses effets, au moment de la liquidation ; cette situation est un prolongement de l'immutabilité du régime de communauté.

Cette distinction, selon nous, est capitale. Nous y reviendrons bien des fois encore, au cours des dévelop-

pements ultérieurs de notre sujet. Mais posons-la, dès maintenant, puisque nous rencontrons une de ses premières applications.

Chaque fois qu'il s'agit de déterminer si le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales s'applique encore, il faut, croyons-nous, *distinguer entre les situations juridiques nouvelles et les conséquences d'actes anciens*. Si les actes nouveaux se trouvent en-dehors du principe d'immutabilité, au contraire continuent à être compris dans son champ d'application les prolongements d'actes, qui, manifestement, lui étaient soumis, au moment où ils ont été réalisés.

Ainsi, la liquidation d'un régime est la dernière manifestation de ce régime. Elle a des racines dans le passé, elle est encore dans le sillage du pacte matrimonial. C'est donc sous l'égide du contrat de mariage qu'elle se place. C'est selon lui qu'elle sera effectuée. Mais, comme le dit si justement M. Savatier « après la liquidation, et sur la table rase qu'elle aura faite », s'érige, s'instaure une nouvelle situation juridique. Celle-ci ne regarde que l'avenir, elle est totalement indifférente au passé qui ne la concerne en aucune façon.

Répétons notre formule-clef, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi : « Distinction entre l'état de choses nouveau et les conséquences de l'état de choses ancien ».

Ainsi donc, la liquidation de la communauté doit s'effectuer sur les bases établies par le contrat de mariage, l'immutabilité du régime de communauté ne prend vraiment fin qu'à la clôture de la liquidation. Car, de deux choses l'une, ou l'on maintient le principe d'immutabilité et alors la logique commande d'appliquer les clauses du contrat de mariage relatives à la liquidation

au seul moment où elles peuvent l'être, c'est-à-dire à la liquidation elle-même ; ou l'on permet aux époux de rejeter leur contrat, de modifier ses clauses. Alors, mieux vaut tout de suite détruire totalement la prohibition de l'article 1395. Permettre de modifier des conventions matrimoniales à l'instant précis où elles doivent entrer en vigueur, n'est-ce pas en effet la négation même du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales ?

Le fait d'avoir interprété ainsi l'arrêt du 3 novembre 1924 nous permet donc d'étendre considérablement le problème. Il n'est plus limité à la seule liquidation de communauté, après jugement de séparation de biens, puisque nous avons délibérément écarté les caractères particuliers de la séparation de biens, ainsi que la question de sa portée plus ou moins grande. Il englobe aussi toutes les liquidations de régimes quels qu'ils soient, *après dissolution du mariage*, et même, enfin, toutes les modifications des conventions matrimoniales après dissolution du mariage. Dans notre hypothèse, le mariage en effet subsistait, la vie commune continuait, un nouveau régime s'était instauré à la place de l'ancien. C'est pourquoi il était relativement aisé d'admettre que le régime initial se prolongeait, au-delà de sa durée normale, au-delà de sa dissolution, jusqu'à sa liquidation, et que toutes modifications y étaient interdites jusqu'à ce terme final. Mais nous élargissons les données du problème et nous déclarons que la même solution doit s'appliquer, pour identité de motifs, même au cas où le mariage est dissous, où la vie commune est définitivement brisée, où aucun régime ne se substitue à ce régime initial. C'est ce que nous allons envisager dans notre Titre troisième.

TITRE III

Après la dissolution du mariage

Le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales continue-t-il à être appliqué, après la dissolulution du mariage ? Dans le titre précédent, seul le régime matrimonial était dissous ; l'union conjugale persistait, et, avec elle, la nécessité d'un statut pécuniaire. Un régime nouveau s'était donc substitué au régime originaire. Ici, plus rien de tout cela. C'est le mariage lui-même qui prend fin, la vie conjugale cesse, les rapports personnels s'effacent, les rapports pécuniaires envisagés une dernière fois au cours de la liquidation disparaissent. Chacun des époux, s'il y a eu dissolution par divorce, l'époux survivant et les héritiers du prédécédé, s'il y a eu dissolution pour cause de décès, mène sa vie propre, avec ses biens propres. Il semble donc que le principe d'immutabilité n'ait plus de raison d'être, et, partant, plus d'application.

Si cette conception simple, nette, catégorique, mérite pleine approbation, c'est ce que nous allons essayer de voir. Mais, dès l'abord, nous croyons qu'il est permis d'en douter. La vie juridique, en cela semblable à la vie psychologique, ne présente pas l'aspect tranchant, le

caractère précis que lui attribue cette thèse. Il faut, au contraire, tenir compte d'une infinité de nuances, de graduations que d'aucuns sont peut-être tentés de qualifier de subtilités, mais qui n'en sont pas moins nécessaires pour correspondre aux infinies variétés que la vie concrète présente.

Ainsi, il est très improbable qu'un seul moment, celui de la dissolution du mariage, suffise, pour réaliser une cloison étanche entre les personnes et les biens des époux. Au contraire, il faut un certain laps de temps pour que la situation juridique antérieure s'efface totalement. Les conséquences du mariage antérieur s'effacent, une à une. Ce n'est que progressivement, par degrés, que s'instaure un état de choses complètement nouveau, absolument étranger à l'état de choses ancien.

Que devient alors le principe d'immutabilité ? Il n'est peut-être pas de question plus vague, plus confuse, nous ne dirons pas plus controversée, car on ne peut vraiment pas qualifier de controverses ces affirmations de principe, contradictoires, par lesquelles les multiples arrêts établissent leur position respective, sans même se soucier de donner une base à leurs solutions, sans essayer d'étayer leurs décisions sur des arguments sérieux.

Néanmoins, nous pouvons dégager de cette masse confuse d'arrêts et d'opinions doctrinales, deux courants en sens inverse. Ce que décident, en règle générale, la majorité de la jurisprudence et de la doctrine, c'est que le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales prend fin à la dissolution du mariage.

Face à cette opinion dominante, certains auteurs et certains arrêts ont, par contre, admis un certain prolongement du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales et, en conséquence, ont soumis au prin-

cipe *le moment même* de la dissolution du mariage. Quant à nous, nous irons plus loin encore et nous étendrons la portée du principe d'immutabilité au delà même de ce moment.

Nous retrouvons ainsi, en étudiant la cessation du principe d'immutabilité, les deux mêmes courants que nous avions dégagés, lors de notre étude du point de départ du principe d'immutabilité. Nous avions, en effet, découvert, là aussi, une jurisprudence et une doctrine dominantes affirmant, en règle générale, que le point de départ du principe était constitué par la célébration du mariage ; mais nous avions aussi trouvé quelques auteurs et une certaine fraction de la jurisprudence, partisans de ce que nous avions appelé le rayonnement du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, dès avant la célébration du mariage.

Ainsi, nous aboutissons à une symétrie entre les deux problèmes du point de départ et de la cessation du principe d'immutabilité. Ici comme là, deux thèses, l'une restrictive, l'autre extensive, l'une attribuant au principe une portée dans le temps limitée, l'autre élargissant cette portée, au-delà des bornes trop rigides de la célébration et de la dissolution du mariage.

Nous allons étudier ces deux courants inverses, en ce qui concerne la cessation du principe.

Nous diviserons cette étude en deux chapitres :

Chapitre premier : *Cessation en règle générale du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, dès la dissolution du mariage* ;

Chapitre deuxième : *Prolongement variable du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, après la dissolution du mariage.*

CHAPITRE PREMIER

CESSATION, EN RÈGLE GÉNÉRALE, DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES DÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE

La majorité des auteurs et des arrêts affirment, plus ou moins explicitement, la cessation du principe d'immutabilité à la dissolution du mariage. C'est pour cette raison qu'ils admettent la possibilité de confirmer, après dissolution du mariage, les nullités du contrat de mariage. C'est aussi pourquoi ils reconnaissent la validité des modifications apportées, par testament, au contrat de mariage.

Nous allons étudier successivement ces deux points.

Section 1

Possibilité de confirmation des nullités du contrat de mariage après dissolution du mariage.

Admettre, comme le fait la jurisprudence, la possibilité de confirmer, après dissolution du mariage, la nullité du contrat de mariage, c'est admettre implicitement que le principe d'immutabilité des conventions

matrimoniales cesse de s'appliquer à la dissolution du mariage. En effet il est unanimenent admis que la nullité du contrat de mariage, quel que soit le vice qui l'ait motivée, est absolue et d'ordre public. Or la confirmation d'une nullité d'ordre public est impossible. Dès lors que l'on permet une telle confirmation, c'est que la nullité doit avoir perdu son caractère de nullité d'ordre public[1]. Comme c'est en raison du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales que la jurisprudence considère toute nullité du contrat de mariage comme absolue et d'ordre public, il est alors simple de déduire que c'est par suite de la disparition de ce prin« cipe que la nullité cesse d'être d'ordre public.

C'est en raison de l'article 1395 que les nullités du contrat de mariage sont toujours absolues, que ce soient des nullités de forme, auquel cas une telle solution se comprend parfaitement, ou même que ce soient des nullités pour vices de consentement ou pour incapacités qui, normalement, sont sanctionnées par des nullités relatives. En effet, dit la jurisprudence, si de telles nullités étaient relatives, le seul titulaire de l'action pourrait à son choix l'exercer ou non, c'est-à-dire opter pour le régime de communauté légale (s'il intente l'action en nullité) ou pour le régime contractuel (s'il s'abstient d'intenter l'action). Ainsi les tiers seraient dans l'incertitude sur le régime définitif et vrai des époux. Il faut, au contraire, qu'ils soient fixés sur le statut matrimonial des conjoints.

La jurisprudence est très solidement établie en ce

1. En admettant, bien entendu, que l'on puisse confirmer une nullité d'ordre public, lorsque le caractère d'ordre public disparaît. Nous envisagerons ce problème ultérieurement. Pour l'instant, nous admettons la solution de la jurisprudence telle quelle.

sens [1]. « Les nullités des contrats de mariage, dit la Cour de Rennes [2], peuvent être invoquées par toute personne intéressée à s'en prévaloir, cette exception est fondée sur la nature spéciale du contrat de mariage, et découle nécessairement du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; s'il en était autrement, et si l'époux incapable pouvait seul faire prononcer la nullité de son contrat de mariage, il en résulterait qu'il pourrait, à son gré, en invoquer ou en répudier les dispositions, que les droits de son conjoint et ceux des tiers resteraient incertains et qu'on arriverait ainsi à détruire cette unité et cette fixité que le législateur a voulu assurer aux stipulations matrimoniales ».

Cette jurisprudence fait l'objet de nombreuses critiques. Certains auteurs s'insurgent contre le caractère même de la nullité, lui déniant, au cas de vice de consentement ou d'incapacité, le caractère de nullité absolue [3]. D'autres juristes approuvent les décisions jurisprudentielles, mais ne les considèrent pas comme fondées sur le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. En effet, disent-ils, la jurisprudence dans son raisonnement, a négligé un point essentiel : la rétroactivité des effets de la nullité. Lorsque l'action en nullité est intentée, le régime contractuel appliqué jusqu'alors est censé, rétroactivement, n'avoir jamais existé ; seul, et dès la célébration du mariage, est entré en vigueur le régime de communauté légale. Donc la nullité relative n'entraîne pas un changement de régime en

1. Civ., 5 mars 1855, D., 1855.1.101 ; Req., 16 juin 1879, D., 1880.1.415 ; Rennes, 4 mai 1878, S., 1880.1.166 ; Trib. Quimper, 23 novembre 1910, S., 1912.2.57, note Japiot.

2. Rennes, 4 mai 1878, S., 1880.1.166.

3. Colin Capitant, 7e édition, III, p. 46 ; — Laurent, nº 31 et suiv. ; — Huc, IX, nº 55 ; — Aubry et Rau, VII, § 502, texte 30.

droit. Elle en entraîne sans doute en fait, mais la nullité absolue n'aboutirait-elle pas au même résultat ?

C'est ce qu'affirme M. Japiot[1] : « l'existence de l'erreur, du dol ou de la violence peut être inconnue des tiers ; elle peut être douteuse, ce peut-être aussi le cas pour l'incapacité, au sujet de laquelle, en outre, on pourra hésiter sur la question de savoir si les règles d'habilitation ont été méconnues ou suffisamment observées : le contrat de mariage pourra ainsi se présenter avec une régularité apparente, être exécuté et respecté pendant un certain temps : et la même modification de fait s'accomplira, lorsque au sujet de l'existence du vice, le doute ou l'ignorance cesseront, en vertu d'un jugement qui en proclamera la nullité : peu importera, à ce point de vue, que d'autres personnes aient eu, elles aussi, la faculté d'intenter cette action, ou que cette action ait appartenu au seul demandeur qui l'a exercée en fait ».

Ce même auteur en conclut alors que le principe d'immutabilité n'impose pas le caractère absolu de la nullité car « la nullité relative n'entraîne, pas plus que la nullité radicale, un changement de régime en droit et la nullité radicale, n'empêche, pas plus que la nullité relative, un changement de régime en fait ».

Selon lui, la solution de la jurisprudence se justifie par d'autres considérations, et, en particulier, celle du « milieu ». Le contrat de mariage n'est pas un contrat ordinaire, c'est une véritable « charte de l'association conjugale », qui entraîne, dans son sillage, des quantités d'autres actes. Il intéresse de nombreux tiers, il a donc un large rayonnement, une vaste portée. Aussi, dans un tel milieu, la nullité relative ne saurait s'adapter.

1. Note, sous Trib. Quimper, 23 novembre 1910, S., 1912.2.257.

Que faut-il penser d'un tel raisonnement ? Assurément, si l'on invoque la rétroactivité de l'action en nullité, une telle action n'entraîne pas modification du contrat de mariage. Seul, le régime de communauté légale s'applique et est censé s'être toujours appliqué. Mais nous ne croyons pas, qu'en matière d'immutabilité des conventions matrimoniales, un argument fondé sur la notion de rétroactivité puisse être assez fort pour détruire, à lui seul, toute une thèse. En effet, et nous le verrons plus amplement dans le chapitre suivant, dès que le principe d'immutabilité est en jeu, la jurisprudence invoque ou rejette le concept de rétroactivité, à son gré, tantôt préférant faire prévaloir le droit sur le fait, mais, le plus fréquemment, soucieuse d'assurer la prédominance des faits sur le droit.

D'autre part, *a priori*, il semble vrai de dire comme l'affirme M. Japiot que l'incertitude des tiers est aussi grande au cas de nullité absolue qu'au cas de nullité relative, car, si l'unique titulaire de l'action en nullité relative l'intente, la situation est la même que si l'un quelconque des intéressés avait intenté l'action en nullité absolue.

Pourtant, à notre avis, il y a une différence entre ces deux hypothèses. Au cas de nullité relative, il y a, en effet, une chance sur 10 que l'action ne soit pas intentée et les tiers ne sont nullement fixés. Mais, au cas de nullité absolue, il y a 9 chances sur 10 que l'action soit exercée, car il se trouve toujours une personne y ayant intérêt ; les tiers peuvent donc, presque immanquablement, tabler sur la nullité et modeler leur attitude en conséquence. Si donc la situation est la même lorsque la nullité est invoquée, elle est toute différente, avant

l'action. L'incertitude des tiers, réelle au cas de nullité relative, n'a presque aucune raison d'être au cas de nullité absolue.

Donc nous persistons à croire, avec la jurisprudence, que c'est en raison du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales et pour en assurer le respect, que toutes les nullités du contrat de mariage sont absolues et d'ordre public.

Ce point de départ étant admis, il nous faut vérifier, pour pouvoir conclure à la cessation de l'immutabilité, d'après la jurisprudence, à la dissolution du mariage, qu'elle permet la confirmation de telles nullités après cette dissolution. Après cet exposé, nous nous demanderons si la jurisprudence s'est placée sur le bon terrain, s'il s'agit vraiment, dans les cas qu'elle envisage, de la confirmation d'une nullité, et s'il ne serait pas plus juste d'y voir une transaction, intervenant au cours d'un règlement d'intérêts pécuniaires.

§ 1. — Etude de la jurisprudence.

Lorsqu'on envisage la possibilité de confirmer la nullité d'un contrat de mariage, faudrait-il faire une distinction suivant le vice dont est atteint le contrat, suivant le caractère que la nullité aurait revêtue si le principe d'immutabilité n'était pas intervenu ? Car l'on peut décomposer, dans certaines hypothèses, l'irrégularité en deux : d'une part, existe la nullité qui aurait joué si le principe d'immutabilité n'intervenait pas, nullité soit relative, soit absolue, que nous appellerons nullité sous-jacente et d'autre part la nullité d'ordre public due au principe d'immutabilité, nullité enveloppante. C'est ce que nous étudierons en premier lieu.

Nous verrons alors que la jurisprudence ne fait aucune distinction. Dans toutes les hypothèses, la nullité qui aurait dû être, soit relative, soit absolue, est recouverte, en quelque sorte, par une nullité uniforme, une nullité d'ordre public. Aussi reprendrons-nous les mêmes hypothèses en ne nous préoccupant plus que de la nullité unique dont elles sont atteintes, nullité d'ordre public, présentant un caractère temporaire, dû au principe d'immutabilité.

Nous étudierons :

1° confirmation des nullités relatives et absolues ;

2° synthèse : caractère temporaire de l'ordre public, mis en jeu par le principe d'immutabilité.

1° *Confirmation des nullités relatives ou absolues* (ou plus justement qui eussent été relatives ou absolues, sans le principe d'immutabilité).

Supposons donc un contrat de mariage atteint d'un vice qui, généralement, est sanctionné par une nullité relative, soit un contrat passé sous l'empire de l'erreur, du dol, de la violence, soit un contrat passé par un incapable irrégulièrement assisté ou représenté.

Comme le dit M. Japiot[1] « la validité de l'acte n'est exclue que dans un intérêt privé (celui de l'époux incapable ou dont le consentement a été vicié) ; à considérer le seul fondement de la nullité, on réserverait à cet époux le droit de critique, avec la faculté d'opter soit pour une annulation qui s'imposerait à tous, soit pour une confirmation qui ne permettrait à personne d'écarter les effets du contrat ».

Mais nous savons aussi, qu'en raison du principe d'immutabilité, le caractère relatif de la nullité s'efface et

1. *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Nancy, 1909, p. 542.

fait place à une nullité absolue d'ordre public. Donc, d'après la doctrine classique, tout intéressé peut invoquer une telle nullité qui est, par ailleurs, insusceptible de confirmation.

La jurisprudence est-elle aussi catégorique en cela que la doctrine classique ? Non pas. Si elle écarte, en effet, toute possibilité de confirmation durant le mariage, elle n'hésite pas à l'admettre après la dissolution du mariage. Un jugement, sur ce point, est tout à fait explicite, c'est celui du Tribunal civil de Quimper du 23 novembre 1910[1], jugement qui a fait d'ailleurs l'objet d'un important commentaire de M. Japiot, celui-ci y ayant trouvé une confirmation, tout au moins partielle, de la théorie nouvelle qu'il préconise en matière de nullités.

Les faits étaient les suivants : Guillaume le Déliou et Sophie Egasse font un contrat de mariage ; la jeune fille, mineure est assistée par sa mère, intervenant en son nom personnel et comme mandataire de son mari. Mais cette dernière n'a reçu de celui-ci qu'un mandat général et sous-seing privé. Donc le contrat de mariage est nul, car la jurisprudence exige toujours un mandat authentique et spécial. Le mari meurt, la succession s'ouvre. La femme prétend avoir droit à la totalité de la communauté, en vertu de son contrat de mariage qui contient, en effet, une clause en ce sens. Ses enfants, héritiers du mari, excipent, à l'encontre de cette prétention, de la nullité du contrat ; la femme, alors, rétorque que la nullité du contrat de mariage a été confirmée après la dissolution du mariage. En effet, dit-elle, postérieurement à l'ouverture de la succession, elle a procédé,

1. S., 1912, 2, p. 257.
Autres arrêts en ce sens, J.G. *Contrat de mariage*, n° 475, 398.

avec les intéressés, au règlement de leurs droits successoraux, en prenant pour base la clause du contrat de mariage.

Le Tribunal de Quimper rejette la demande de la femme, car selon lui, l'inventaire dressé par les parties après la mort du mari ainsi que les autres pièces invoquées par la femme à l'appui de sa prétention « ne peuvent être considérées, quelles que soient les déclarations qui ont pu y être consignées, que comme un acte purement conservatoire, et non comme un acte réglant définitivement les droits des parties ».

Le jugement n'exclut donc nullement la possibilité de confirmation, il décide seulement que, dans le cas spécial qui lui est soumis, la volonté de confirmer ne s'est pas assez nettement exprimée. « Attendu, dit-il, que si, après dissolution du mariage, il est loisible aux parties, majeures et maîtresses de leurs droits, *de prendre pour base de leurs droits successoraux les clauses d'un contrat nul*, il est du moins indispensable que cette volonté soit manifestée clairement dans un acte portant règlement des intérêts pécuniaires des parties ». Donc il est possible de confirmer, après dissolution du mariage, la nullité du contrat.

Ce jugement est curieux autant qu'intéressant. Comment expliquer la solution qu'il consacre ? Voici un contrat de mariage nul de nullité absolue d'ordre public. Durant le mariage, il est absolument interdit de renoncer à l'action en nullité. Et, brusquement, parce que le mariage est dissous, il serait permis de confirmer la nullité ! L'instant précis de la dissolution du mariage est-il donc doué d'un pouvoir magique ?

Peut-être est-il possible de donner à la solution de ce

jugement l'explication suivante. Le contrat de mariage, si le principe d'immutabilité était hors de cause, aurait été atteint d'une nullité relative. Comme le principe d'immutabilité est intervenu, la nullité est devenue absolue. Mais cette nullité absolue d'ordre public ne s'est pas substituée à la nullité relative normale, elle s'est seulement superposée à elle. Elle l'a en quelque sorte recouverte sans l'anéantir. Donc la nullité relative *sous-jacente* n'est que paralysée par l'existence de la nullité absolue d'ordre public. Dès lors, que les motifs d'ordre public sur lesquels repose la nullité absolue disparaissent, et la nullité relative rejaillira, se haussera à la vie juridique à laquelle elle n'avait pu parvenir jusque-là.

C'est ce qui se produit à la dissolution du mariage, d'après la jurisprudence. Le principe d'immutabilité cesse de s'appliquer, à partir de ce moment. La nullité absolue et d'ordre public du contrat de mariage n'a plus de raison d'être, elle s'efface donc et laisse place à la seule nullité qu'un vice tel que l'incapacité d'une partie au contrat suscite, la nullité relative. Or il est unanimement admis qu'une telle nullité est susceptible de confirmation. Donc la possibilité de confirmation du contrat de mariage nul, après dissolution du mariage, s'expliquerait ainsi par la substitution, après une telle dissolution, de la nullité relative sous-jacente à la nullité absolue régnante jusqu'alors.

Avec une telle explication, nous retrouverions ici quelque chose de semblable à ce qui se produit en matière de confusion. En effet, la réunion, sur une même tête, de la double qualité de débiteur et de créancier n'anéantit pas le droit de créance, mais en paralyse seulement

l'exercice. De même, il a été jugé que lorsqu'un locataire devient propriétaire, le droit au bail ne disparaît pas, mais pourra renaître, si, d'aventure, son titulaire originaire perdait sa qualité de propriétaire[1]. Dans toutes ces hypothèses, deux caractères, deux qualités sont superposées. Il suffit que l'une s'éteigne, s'évanouisse, pour que l'autre remonte à la surface.

Nous arrivons ainsi, avec la jurisprudence, à ce résultat curieux d'une nullité absolue provisoire remplacée par une nullité relative. Il n'y a donc pas que des nullités absolues et des nullités relatives. Il peut y avoir *des nullités doubles*, relatives et absolues tout à la fois. Voici déjà une première surprise que nous réserve la théorie des nullités. Nous doutons fort qu'elle soit aussi la dernière !

Que décider lorsque le contrat de mariage, sans même l'existence du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, eût été déjà atteint d'une nullité absolue, en raison du vice même qu'il recèle : soit que l'un des époux n'ait pas été présent au contrat de mariage et que ses parents se soient portés fort pour lui, soit encore que les formalités requises pour la rédaction du contrat de mariage n'aient pas été remplies ?

Dans ces cas encore, la jurisprudence, presque unanime, admet la possibilité d'une confirmation après la dissolution du mariage[2]. N'en citons qu'un exemple, celui de l'arrêt de la Chambre civile du 26 avril 1869. Un contrat de mariage est nul pour vice de forme. Plus de 10 ans après la dissolution du mariage, est intentée

1. Civ., 29 janvier 1930, D., 1932.1.57, note Radouant.
2. Nîmes, 12 novembre 1863, S., 1863.1.251 ; Civ., 10 avril 1866, S., 1866.1.190 ; Civ., 26 avril 1869, D., 1869.1.246 ; Req., 6 avril 1856, S., 1859.1.18.

l'action en nullité. Est-elle encore recevable ? La Cour de Cassation le nie car, selon elle, la prescription applicable en ce cas est la prescription de 10 ans. En effet, dit-elle, la prescription de 10 ans est fondée sur une présomption de confirmation, or, la confirmation d'un contrat de mariage, bien que nul pour vice de forme, est possible après la dissolution du mariage.

« Il s'agit d'un contrat de mariage, nul en la forme, à raison de l'omission sur la minute de la signature de l'un des deux témoins instrumentaires, en présence desquels le contrat énonce qu'il a été reçu par le notaire rédacteur. Nonobstant cette nullité irréparable pendant le mariage, à cause des motifs d'ordre public touchant soit la solennité de l'acte, soit l'immutabilité du régime sous lequel les biens des époux sont placés par la loi elle-même à défaut de conventions matrimoniales valables, le contrat dont il s'agit eut été néanmoins, après le décès de l'époux donateur aux termes dudit contrat, susceptible de ratification par ses héritiers, les raisons d'ordre public sur lesquelles, durant le mariage, était fondé la nullité, ayant alors cessé ».

Nous allons de surprise en surprise. Dans le cas précédent, il était, à la rigueur, assez aisé d'admettre la confirmation de la nullité, après dissolution du mariage. Car, si le principe d'immutabilité n'avait pas commandé une nullité absolue, le contrat de mariage aurait été nul de nullité relative. Mais, ici, l'hypothèse n'est plus la même. De toutes façons, la nullité devait être absolue, car c'était la sanction d'un vice de forme. Donc, même si nous raisonnons comme dans le paragraphe précédent, si nous admettons encore la superposition de deux nullités, nous n'arrivons pas à comprendre les décisions de la

jurisprudence. En effet, les deux nullités qui seraient juxtaposées ici, seraient toutes deux de même nature, elles seraient toutes deux des nullités absolues. Donc la disparition de l'une d'entre elles, à la dissolution du mariage, ferait effectivement surgir l'autre. Mais en quoi la situation juridique en serait-elle modifiée puisqu'à la nullité absolue qui s'éteint se substitue une autre nullité absolue ? La confirmation, semble-t-il, reste toujours impossible.

Pour en admettre néanmoins la validité, il faudrait démontrer que, malgré les apparences, les deux nullités superposées ne sont pas de même caractère et que, une fois le principe d'immutabilité disparu, c'est-à-dire après la dissolution du mariage, la nullité qui subsiste, nullité absolue pour vice de forme, se confirme tout comme, dans le cas précédent, la nullité relative pour vice du consentement ou incapacité. Comment donc ? les nullités absolues se confirment-elles donc ? il est pourtant de règle d'affirmer que la confirmation, valable en matière de nullités relatives, est nulle en matière de nullités absolues ?

Mais, au fait, pourquoi une nullité absolue ne pourrait-elle pas faire l'objet d'une confirmation ? Une telle question paraît bien embarrassante à première vue. Après mûre réflexion, nous croyons qu'il peut y être donné deux réponses.

On ne peut confirmer une nullité absolue car, à la différence de la nullité relative, l'action en nullité appartient à tout intéressé. C'est donc vainement que l'un d'eux renoncerait à l'intenter, elle survivrait cependant [1]. Mais alors, il est facile, *a contrario*, d'envisager un cas où

1. JOSSERAND, 3e édition, I, n° 147.

la confirmation serait possible. Il suffit de considérer une hypothèse où les personnes intéressées à intenter l'action sont en nombre limité et où elles renoncent toutes, sans exception, à la nullité.

C'est d'ailleurs bien le cas des arrêts que nous étudions. Tous les intéressés participent au règlement de leurs intérêts pécuniaires sur la base du contrat nul, donc ils confirment tous la nullité.

Mais il y a une deuxième raison qui interdit, en règle générale, la confirmation des nullités absolues : à savoir, l'ordre public. « Le droit de confirmation, dit M. Japiot[1], étant une application du principe de l'autonomie de la volonté, comporte la même restriction que le principe dont elle procède : la volonté de l'individu reste impuissante, lorsqu'elle tendrait à porter atteinte à l'ordre public ». Et ailleurs : « Si la confirmation est interdite en vertu de l'article 6, c'est que la loi entend imposer au titulaire du droit de critique la conservation de son droit malgré lui, et si cette conservation lui est imposée, c'est que cela est nécessaire pour que la nullité remplisse pleinement son rôle de sanction ».

A présent, nous comprenons pourquoi, dans la doctrine classique, les nullités absolues ne se confirment jamais. C'est que cette doctrine considère *toutes les nullités absolues comme des nullités d'ordre public.* Nullité absolue, est, pour elle, synonyme de nullité d'ordre public. Or ceci est un point de départ erroné. Il y a, selon nous, *au moins trois catégories de nullités* : les nullités relatives, les nullités absolues, les nullités absolues d'ordre public. En effet toutes les règles sanctionnées par une nullité

1. Thèse précitée, p. 615 et 616.

absolue ne sont pas instituées dans l'intérêt général de la société. Prenons par exemple le cas des nullités absolues pour vice de forme. Comme le dit très justement M. Japiot « à part certains cas assez rares comme celui de la donation [1], les règles de forme ne tendent ordinairement qu'à protéger des intérêts patrimoniaux et .... il y aura nullité d'intérêt privé général » Et ailleurs, il dit encore, en définissant les nullités absolues qu'il qualifie de nullités d'intérêt privé général « Ces nullités sont celles qui sanctionnent les règles destinées à protéger *tous les individus mais dans l'intérêt privé* de chacun d'eux ».

Avec une semblable conception, il y a très peu de différence entre les nullités relatives et les nullités absolues. Ce sont, toutes deux, des nullités de protection, par opposition aux nullités d'ordre public, qui sont des nullités d'utilité sociale. Elles se distinguent presque uniquement, par le nombre des personnes aptes à les invoquer. Ces nullités relatives appartiennent à un titulaire unique ; tous intéressés, nous l'avons déjà dit, peuvent se prévaloir de la nullité absolue ; et même, sur ce point encore, la séparation est moins tranchée que nous venons de l'affirmer. Certaines nullités, bien que relatives, peuvent être invoquées par plusieurs personnes, chacune y ayant un intérêt distinct [2]. La nullité de l'acte de la femme mariée peut être invoquée non seulement par la femme, mais encore par le mari [3] ; la nullité du mariage pour minorité et défaut de consentement de l'ascendant peut être invoquée non seulement

1. En matière de donations, dit M. Japiot en note, il faut par exception regarder la nullité comme étant d'ordre social, parce qu'on estime qu'il y a un intérêt de moralité publique à réglementer strictement cet acte.
2. JAPIOT, thèse précitée, p. 555.
3. Même depuis la loi du 18 février 1938, dans les cas où l'autorisation maritale est encore nécessaire.

par le conjoint mineur mais encore par l'ascendant non consentant.

Donc l'on passe insensiblement, par degrès successifs, de la nullité relative à la nullité absolue. M. Japiot, considérant les diverses nullités, quant à ce qu'il appelle leurs « sujets actifs », distingue cinq catégories : les nullités purement personnelles, c'est-à-dire celles dont l'exercice est même refusé aux créanciers du titulaire, les nullités ouvertes à une seule personne, mais dépourvues de caractère exclusivement personnel, les nullités relatives ouvertes à plusieurs personnes à des titres différents (ce sont les cas que nous venons de citer), les nullités d'intérêt privé ouvrant le droit de critique à plusieurs personnes au même titre, (co-propriétaires, co-acheteurs, etc...), enfin les nullités relatives généralisées. Cette dernière catégorie, seule, forme ce qu'on a coutume d'appeler les nullités absolues.

Dès lors que l'on passe ainsi, insensiblement, des nullités relatives aux nullités absolues, qu'il n'y a pas de différence de nature, ni d'essence entre elles, il n'y a plus aucune raison d'exclure la possibilité de confirmer une nullité absolue. Seules, donc, demeurent insusceptibles de confirmation les nullités absolues d'ordre public. M. Nast aboutit à la même constatation, lorsqu'il étudie le caractère de la nullité de la séparation de biens judiciaire, fondée sur la non exécution de celle-ci dans les trente jours qui suivent la prononciation du jugement. Il s'exprime en ces termes [1] « Quelle est la nature de cette nullité ? Il ne paraît guère douteux qu'elle soit une nullité absolue, en ce sens qu'elle peut être invoquée par tous ceux qui y ont intérêt, et en particulier par les

1. Note Nast, sous Req., 24 avril 1934, D., 1934.1.145.

créanciers du mari, même si leurs droits ne sont nés qu'après le jugement de séparation. Mais cette nullité, bien qu'absolue, n'est pas une nullité d'ordre public car la prescription de l'article 1444 n'a pas pour but de sauvegarder un intérêt public ou la morale, mais de protéger de simples intérêts privés, ceux des ayants-cause du mari ou de la femme. Sans doute les nullités d'ordre public sont-elles toujours des nullités absolues, mais l'inverse n'est pas vrai. Il y a des nullités qui sont absolues parce que destinées à protéger des tiers indéterminés, mais qui ne sont pas d'ordre public, parce qu'ayant pour unique but la sauvegarde d'intérêts particuliers. Tel est précisément le cas pour la nullité de l'article 1444 du Code civil. Cette nullité n'étant pas une nullité d'ordre public, il faut en conclure qu'elle peut être couverte par la renonciation des personnes qui ont le droit de l'invoquer, ce qui serait impossible si elle était fondée sur l'ordre public ».

Nous cherchions, au début de ce raisonnement, à démontrer que les deux nullités du contrat de mariage nul pour vice de forme, celle qui règne durant le mariage et celle qui s'y substitue après la dissolution du mariage, sont de nature différente. Nous pouvons à présent l'affirmer. Durant le mariage, le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales s'applique, la nullité est donc absolue d'ordre public. Après la dissolution du mariage, le principe d'immutabilité disparaît, d'après l'opinion de la jurisprudence dominante ; la nullité d'ordre public s'efface donc et laisse apparaître la nullité simplement absolue qu'elle masquait jusqu'alors. Nous comprenons alors pourquoi toute confirmation est interdite, durant le mariage, mais devient valable, après la dissolution du mariage.

2° *Synthèse : Caractère temporaire de l'ordre public mis en jeu par le principe d'immutabilité.*

Jusqu'à présent, nous avons tenté de scinder en deux la nullité dont peut être atteint un contrat de mariage : nullité sous-jacente, indépendante du principe d'immutabilité, et nullité enveloppante, dûe au principe d'immutabilité. Nous avons vu que les arrêts admettent la possibilité de confirmation, que la nullité sous-jacente soit relative ou absolue. Cette nullité sous-jacente importe donc peu, aux yeux de la jurisprudence. Aussi allons-nous reprendre toutes ces hypothèses en nous plaçant sur un autre terrain. Nous allons négliger la distinction des nullités sous-jacente et enveloppante pour ne plus nous préoccuper que d'une seule nullité : la nullité d'ordre public dont est atteint le contrat de mariage, nullité dûe au principe d'immutabilité.

Regardons les choses en face. Qu'y voyons-nous alors ? Un contrat de mariage vicié, nul de nullité absolue et d'ordre public, mais qui, malgré cela, peut être consolidé par une confirmation intervenant après la dissolution du mariage. Or si nous osons à présent traduire en une formule ce que cette hypothèse représente, nous dirons que, par une telle décision, la jurisprudence affirme qu'une nullité, *même d'ordre public*, est susceptible de confirmation, du moins lorsque le vice a cessé, lorsque les motifs d'ordre public sur lesquels elle reposait cessent d'exister. Presque tous les arrêts, d'ailleurs, reproduisent cette même formule « si le contrat de mariage était nul ..... les héritiers de la femme ont été les maîtres, après son décès, de ne pas s'arrêter à cette nullité car alors les motifs d'ordre public, sur lesquels reposait la

nullité n'existaient plus et il ne s'agissait entre les parties que d'intérêts privés[1].

En nous plaçant hardiment sur ce terrain, nous pouvons alors envisager les hypothèses où le seul vice du contrat de mariage était une atteinte à l'immutabilité où, par conséquent, sans un tel principe, le contrat eût été valable ; nous ne nous cantonnons donc plus aux seuls cas où le contrat était atteint d'un vice distinct, soit vice de forme, soit vice du consentement. Ainsi donc, peut également être confirmée la nullité d'un contrat rédigé après la célébration du mariage ou d'un acte modificatif du contrat de mariage, ou d'une contre-lettre ne présentant pas les conditions de forme requises.

Enfin même peut être confirmée, après dissolution du mariage, la nullité d'une société entre époux. C'est ce qui a été décidé par la Chambre des Requêtes, le 6 février 1888[2] : « il résulte des déclarations de l'arrêt attaqué que le pacte de famille a réglé, du consentement de tous, les droits des parties entre elles, et qu'il a pleinement sanctionné les actes antérieurs des sociétés, que ces actes, dans leurs dispositions, ont été approuvés, ratifiés, suivis d'une complète exécution ... que cette ratification et cette exécution ont eu pour effet de rendre inattaquables les actes dont il s'agit ».

Cette jurisprudence va certainement à l'encontre de la doctrine classique. Car, d'après cette doctrine, « être nul d'une nullité d'ordre public, dit M. Japiot[3], c'est une modalité objective de l'acte ; ..... c'est pour l'acte juridique un stigmate ineffaçable : car, quoiqu il arrive, quelques faits nouveaux qui puissent se produire

1. Req., 31 janvier 1833, J.G. *Contrat de mariage* n° 310 ; — Nîmes, 12 novembre 1863, S., 1863.2.251 ; Req., 6 février 1888, S., 1890.1.49.
2. Arrêt précité.
3. Thèse précitée, p. 302.

et rendre même possible un acte nouveau et identique qui, à cause de sa date, ne serait plus contraire à l'ordre public, rien ne pourra jamais faire que le premier acte n'y ait point été contraire : car aussi l'on ne peut confirmer contre l'ordre public : car enfin l'on ne peut prescrire contre l'ordre public. Tel est le rôle de l'ordre public dans la conception classique ».

Les partisans de la théorie de l'inexistence rejettent, avec plus d'assurance encore, toute possibilité de confirmation. M. Lyon-Caen se fait l'interprète de cette doctrine dans sa note sous l'arrêt de la Chambre civile du 6 novembre 1895[1], en disant : « On ne comprendrait pas comment la dissolution du mariage pourrait donner la vie à un contrat de mariage inexistant et transformer un acte qui n'existe pas en un acte entaché d'une nullité qu'une confirmation pourrait effacer. Il serait, en outre, bien singulier qu'un contrat de mariage, destiné à régler les rapports pécuniaires des époux ne commençât d'exister que lorsque le mariage étant dissous, il n'y a plus d'époux «.

Mais cet argument tiré de la soi-disant inexistence du contrat de mariage ne nous paraît pas pertinent, pas plus d'ailleurs que la théorie de l'inexistence elle-même. Une donation, nulle en la forme, est considérée comme inexistante par cette doctrine. Comment peut-elle alors expliquer que les héritiers du donateur (art. 1340) puissent la confirmer ? Comme le dit encore M. Japiot[2] : « la doctrine classique n'a pas pu expliquer cette génération spontanée d'un acte qui originairement n'aurait été qu'un pur néant ».

La jurisprudence va tout à l'encontre de cette doc-

1. S., 1896.1.5.
2. Thèse, p. 277.

trine classique. Le raisonnement de cette jurisprudence est simple ; le principe d'immutabilité cesse à la dissolution du mariage, donc la nullité du contrat de mariage peut être confirmée. C'est en effet que la notion d'ordre public n'est pas aussi rigide, ni en elle-même ni dans ses effets, que ne l'affirme la doctrine classique. Lorsque le vice, c'est-à-dire l'atteinte au principe d'ordre public disparaît, avec la disparition de la règle d'ordre public elle-même, la confirmation doit être possible. C'est ce qu'affirment MM. Aubry et Rau[1] « Toutes les obligations sujettes à nullité ou à rescision sont, en règle générale, susceptibles de confirmation... Peu importe que la nullité ..... soit ..... d'intérêt privé ou d'ordre public. Cependant cette règle reçoit exception..... lorsque, cette nullité étant tout à la fois d'ordre public et perpétuelle, le vice de l'obligation se continue malgré la confirmation et se communique à cette dernière ».

C'est, en effet, que la règle d'ordre public n'est pas d'une essence totalement différente de celle des autres règles juridiques, c'est plutôt, comme le dit M. Japiot[2] une « règle plus importante parce qu'elle touche à des intérêts plus importants ». Il y a donc, toujours, incluse dans la notion d'ordre public, une comparaison entre des intérêts de degrés divers. Or, lorsque la loi sanctionne la violation de la règle d'ordre public par la nullité, c'est qu'elle considère l'intérêt de la nullité comme supérieur à l'intérêt de la validité. Mais que des éléments extérieurs interviennent, que des faits nouveaux se produisent et « la balance peut ne pas demeurer toujours inclinée du même côté »[3].

1. T. IV, § 337.
2. Thèse, p. 304.
3. Thèse, p. 320.

Or, lorsque les motifs d'ordre public sur lesquels reposait la nullité cessent, l'intérêt de la nullité a singulièrement perdu de son poids[1]. Elle ne va pas disparaître par elle-même, la jurisprudence ne va pas jusqu'à interdire aux intéressés d'intenter l'action en nullité d'ordre public dès l'instant où disparaît la notion, car ce serait une sorte de prescription à délai indéterminé non prévue par la loi, mais, tout au moins, permet-elle aux intéressés de manifester, par un acte de volonté, leur intention d'y renoncer.

Il en est de même, d'ailleurs, lorsque le caractère d'ordre public d'une règle déterminée est supprimé par une loi postérieure au moment où l'acte envisagé a été passé, la confirmation de cet acte est également valable. C'est ainsi que les sociétés entre agents de change, constituées avant la loi du 2 juillet 1862 qui en a reconnu la licéité, étaient nulles de nullité absolue et d'ordre public. Mais, dès après la survenance de cette loi, une telle nullité peut être confirmée[2]. La même solution, sans doute, sera consacrée par la jurisprudence, dans le cas semblable des sociétés entre pharmaciens dont une loi récente affirme la validité. De même, la confirmation sera encore possible pour la vente d'une chose hors du commerce, lorsque cette chose aura été replacée dans le commerce par une loi nouvelle, pour la vente de fortifications, lorsque les fortifications, objet de la vente, auront été déclassées etc... Nous pourrions multiplier les exemples en ce sens, car l'ordre public est une notion essentiellement mobile, mouvante, suivant les variations de mœurs, de civilisations.

1. Thèse, p. 321.
2. KAYSER, *Nullités d'ordre public*, « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1933, p. 1126 et 1127.

La possibilité de confirmer, après dissolution du mariage, la nullité du contrat de mariage, n'est donc nullement une anomalie, elle s'intègre dans un corps de décisions jurisprudentielles. Mais une telle solution présente, néanmoins, quelque chose de caractéristique, presque d'inédit. En effet, la disparition des motifs d'ordre public sur lesquels reposait la nullité, en d'autres termes, la disparition du principe d'immutabilité, n'est, à l'inverse des hypothèses précitées, aucunement dûe à un changement de législation ou à un changement de mœurs, d'idées générales dominantes, dans une certaine société, à une certaine époque. Ici, au contraire, la notion d'ordre public, d'après la jurisprudence, est intimement liée, non à un certain état de civilisation, *mais à une situation juridique déterminée, le mariage.* La notion d'ordre public y acquiert donc un caractère de précision qu'elle n'a pas habituellement. Dans la plupart des cas, on sait quand elle existe, mais il est absolument impossible de prévoir le moment exact de sa disparition. Le principe d'immutabilité, au contraire, naît à époque fixe et meurt à époque fixe, d'après la conception jurisprudentielle. Nous pouvons en cela rapprocher notre hypothèse de la prohibition des pactes sur succession future. Dans ce cas, encore, il s'agit d'un ordre public temporaire, dont la limite dans le temps est déterminée par un événement juridique précis, le décès. Dans ce cas encore, il est possible de confirmer la convention sur succession future, après l'ouverture de la succession[1].

Donc, qu'il s'agisse d'un ordre public soumis aux fluctuations et aux contingences des mœurs ou qu'il

1. Grenoble, 25 mars 1831, J.G. *Dispos. entre vifs,* n° 1013 ; J.G. *Obligations,* n° 4473.

s'agisse d'un ordre public indépendant de ces variations mais relié à une situation juridique déterminée, peu importe. L'acte qui lui porte atteinte peut être consolidé par une confirmation intervenant à un moment où l'ordre public n'est plus en jeu. Ainsi la notion d'ordre public perd de sa toute puissance, la nullité d'ordre public perd de son prestige. Elle n'est plus totalement distincte des nullités relatives et des nullités absolues simples. Elle est susceptible d'une confirmation, au même titre que celle-ci.

Il ne subsiste donc, entre toutes les nullités, que des différences de nuances et non de nature. Nous avons déjà constaté ce point en comparant les nullités relatives et les nullités absolues, nous y revenons encore, en étudiant les nullités relatives et absolues, d'une part, et les nullités absolues d'ordre public, d'autre part. La théorie des nullités nous a ainsi réservé une de ses dernières surprises. En effet, lorsqu'on étudie cette théorie, il ne faut pas faire preuve d'une curiosité exagérée. Il vaudrait même mieux se contenter d'un bref regard et non pas prolonger la contemplation. Car si, à première vue, les contours en semblent très précis, très nets, ils s'estompent au contraire, lorsqu'ils font l'objet d'un examen prolongé. La simplicité, la netteté primitives font place à la multiplicité de traits, de nuances, d'expressions, de physionomies.

Quoiqu'il en soit, un point est à présent certain. Quelles que soient les critiques que l'on puisse élever contre cette jurisprudence, et nous allons dans un instant y arriver, il est hors de doute qu'elle affirme, par ces solutions, la cessation du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales à la dissolution du mariage.

§ 2. — Discussion de l'application, par la jurisprudence, de la notion de confirmation.

Que penser d'une telle jurisprudence ? S'il est incontestable qu'elle présente le mérite de la souplesse, par réaction contre la doctrine classique, trop rigide et tranchante, elle n'est pourtant pas à l'abri de toute critique, tant s'en faut.

Et tout d'abord, sans vouloir être qualifié de réactionnaire, si nous acceptons aisément la possibilité de confirmation d'une nullité relative et même absolue, nous hésitons, par contre, à admettre la confirmation d'une nullité absolue d'ordre public. A notre avis, une telle confirmation est elle-même contraire à l'ordre public.

Comment, va-t-on nous répondre, mais cela est impossible, puisque, au moment où intervient la confirmation, les raisons d'ordre public n'existent plus ? Fort bien, répondrons-nous. Mais il est un point à ne pas perdre de vue, c'est que la confirmation se réalise *rétroactivement*, la nullité est censée n'avoir jamais existée, l'acte est censé avoir été toujours valable, donc même pendant la période où les raisons d'ordre public existaient. Admettre la possibilité d'une confirmation, même après la disparition de l'ordre public, c'est porter atteinte à ce même ordre public.

Ainsi, dans l'hypothèse spéciale que nous envisageons, la jurisprudence, en permettant la confirmation de la nullité du contrat de mariage à un moment où, prétend-elle le principe d'immutabilité n'est plus en jeu, affirme, par là même, que le principe d'immutabilité n'a jamais existé ou alors qu'il est loisible de lui porter impunément atteinte. Car c'est du jour de sa rédaction que le contrat

sera censé valable, si la confirmation se réalise. De même c'est du jour de sa constitution que la société entre époux sera considérée comme rétroactivement valable.

Il est vrai, et nous le reconnaissons nous-même, qu'un argument fondé sur la notion de rétroactivité est insuffisant, à lui seul, pour renverser une théorie, lorsque le principe d'immutabilité est en jeu. Nous l'avons déjà dit et c'est un point sur lequel nous aurons encore et longuement l'occasion de revenir, la rétroactivité est tantôt appliquée, tantôt rejetée, selon les besoins de la cause, selon qu'il vaut mieux tenir compte du droit que des faits ou vice-versa.

Il nous faut donc trouver une autre critique. M. Bartin facilitera notre tâche. En effet, dans une de ses notes, dans laquelle il émet une opinion différente de celle de MM. Aubry et Rau, il dit en substance[1] : « Comme la confirmation d'un acte juridique ne peut, en général, se produire que si l'on se trouve dans les conditions dans lesquelles l'acte dont la confirmation doit faire disparaître les vices pourrait être valablement passé, et qu'il est de toute évidence que le contrat de mariage ne saurait être passé, en aucun cas, après la dissolution du mariage, il est permis de penser que la confirmation proprement dite de ce contrat de mariage est impossible, même après le décès de l'un des conjoints ou après le divorce ».

C'est sur le même argument que s'appuie un arrêt, d'ailleurs isolé, de la Chambre des Requêtes du 6 avril 1856[2]. La confirmation, dit cet arrêt, « ne reçoit pas d'application au cas d'un acte nul d'une nullité d'ordre

1. BARTIN, sur AUBRY et RAU, VII, § 503 *bis*, note 3 ter.
2. S., 1859.1.18.

public et qui,eu égard à sa nature et à son objet, n'aurait pu prendre naissance, même sous une forme d'ailleurs régulière, à l'époque de sa prétendue ratification ».

Mais est-il bien certain que pour pouvoir confirmer, il faille réunir les mêmes conditions que pour pouvoir passer l'acte ? Il est peut-être permis d'en douter. Ainsi, pour confirmer la nullité d'un contrat, point n'est besoin d'un nouvel accord de volontés, une manifestation unilatérale de volonté est suffisante.

C'est ce que soutient M. Japiot[1] « la situation de celui qui confirme, dit-il, n'est point identique à celle de la partie qui passe l'acte : les choses ne sont plus entières : il y a dans le passé un acte, nul sans doute, mais qui existe en fait, un acte qui fournit une base préexistante à la confirmation et qui, par le fait qu'il a réuni certaines conditions peut dispenser de les réunir une seconde fois pour la confirmation.

Il suffit donc que la confirmation ne soit pas entachée du même vice que l'acte originaire. Or, au moment de la confirmation, après la dissolution du mariage, le principe d'immutabilité a cessé. Donc, en admettant, ce que nous faisons provisoirement, la disparition du principe à cette époque, la jurisprudence ne peut être critiquée.

Si ces deux arguments à l'encontre des décisions jurisprudentielles ne doivent donc être admis qu'avec réserve, s'ils sont, à eux seuls, insuffisants, il en est un troisième qui certainement, a valeur, et peut ébranler la thèse jurisprudentielle : *c'est l'effet relatif de la confirmation.* Il est impossible que, par la seule volonté du conjoint survivant et des héritiers du prédécédé, le contrat de

1. Thèse, p. 800.

mariage soit *à l'égard de tous* réputé avoir toujours été valable.

Laurent, qui développe cette idée, l'illustre de l'exemple suivant[1]. Soit par exemple un contrat de mariage qui donne à la communauté une étendue plus considérable que celle de la communauté légale : ce contrat de mariage est nul pour vice de forme ou parce qu'il a été passé postérieurement à la célébration du mariage ; le mari aliène un bien qui eut été commun et qu'il eut pu valablement aliéner agissant seul, si le contrat de mariage eut été régulier ; ensuite, le mari décède et ses héritiers, d'accord avec la femme, confirment le contrat de mariage le tiers auquel le mari avait cédé ce bien, conserve son action et peut exiger que le prix de vente par lui payé lui soit restitué moyennant restitution du bien par lui acquis.

Donc c'est à tort que la jurisprudence se place sur le terrain de la confirmation. En réalité, si les époux peuvent[2] prendre pour base du règlement de leurs intérêts pécuniaires, après la dissolution du mariage, le contrat de mariage nul, il n'y a pas là une véritable confirmation de la nullité du contrat. C'est ce qu'affirme l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 avril 1856 précité[3] : « Attendu que si, après la dissolution du mariage, et lorsque les motifs d'ordre public avaient cessé, il était permis aux parties de régler par un *nouvel* acte leurs intérêts civils, comme elles le jugeaient convenable, ce n'était pas à la disposition spéciale de l'article 1338 qu'elles devaient recourir ».

1. LAURENT, t. XVIII, n° 600 ; t. XXI, n° 46 et 60.
2. Toujours à supposer que le principe d'immutabilité cesse à la dissolution du mariage. Nous présentons la thèse de la jurisprudence, nous ne la discutons pas encore.
3. S., 1859.1.18.

Qu'est-ce alors ? Ce n'est pas une confirmation, avons-nous dit, mais *une transaction*, c'est-à-dire non pas la consolidation d'un acte ancien, mais la formation d'un acte nouveau, un acte qui n'est pas un contrat de mariage, mais un acte de liquidation des droits et reprises des conjoints, un règlement transactionnel de leurs intérêts. C'est ce qu'affirme M. Nast [1]. « Rien ne s'oppose à ce qu'après la dissolution du mariage, les deux ex-conjoints, en cas de divorce, ou le survivant et les héritiers des époux prédécédés, en cas de dissolution par décès, prennent pour base de liquidation de leurs intérêts pécuniaires les conventions matrimoniales nulles. Celles-ci ne vaudront pas alors comme conventions matrimoniales, puisqu'elles sont nulles et que le mariage n'existe plus : mais le règlement fait conformément à leurs dispositions constituera une convention nouvelle, une transaction entre personnes maîtresses de leurs droits et libres d'en régler la liquidation sur les bases qui leur conviennent ».

Avec une telle interprétation, la jurisprudence paraît alors cohérente avec elle-même. En effet, elle est unanime à affirmer que les époux, lorsqu'ils ont rédigé un contrat de mariage valable, peuvent liquider leur régime matrimonial, après la dissolution du mariage, sur d'autres bases que celles stipulées au contrat. Il est alors logique qu'elle admette la possibilité, pour les époux ou leurs héritiers, de liquider sur les bases d'un contrat nul, c'est-à-dire sur les bases d'un autre régime que celui de la communauté légale.

A présent que nous avons critiqué la jurisprudence

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique droit civil*, t. VIII, n° 94 par Nast. Dans le même sens, Bartin, sur Aubry et Rau, VII, § 503 bis, note 3 ter ; — Japiot, thèse, p. 785-786.

parce que, selon nous, elle ne s'est pas placée sur le bon terrain, nous pourrions la critiquer, même sur le terrain où nous estimons qu'elle devait se placer. Car à notre avis, il devrait être interdit de liquider sur d'autres bases que celles du régime matrimonial contractuel ou légal.

Mais alors, c'est le point de départ même de la jurisprudence qui nous semble erroné, cette affirmation que l'immutabilité des conventions matrimoniales cesse de s'appliquer dès la dissolution du mariage. Nous ne voulons pas aborder ce problème actuellement car, dans ce chapitre premier, nous nous sommes seulement fixé la tâche d'étudier, de débrouiller la jurisprudence (que l'on nous pardonne cette dernière expression peut-être un peu vulgaire mais tout à fait adéquate).

Retenons donc seulement de tous ces développements ce point unique : la jurisprudence, permet, aux époux, de modifier, par une liquidation intervenue après dissolution, leurs conventions matrimoniales, et considère donc, en règle générale, que le principe d'immutabilité cesse à la dissolution du mariage.

Section 2

Validité des modifications testamentaires du contrat de mariage

L'article 1395 interdit toute modification aux conventions matrimoniales, par acte quelconque. Les testaments sont-ils englobés dans cette prohibition ? Ne serait-il pas permis, au contraire, de porter atteinte, par testament, aux stipulations du contrat de mariage ? Comme le

remarque M. Tissier[1], à supposer qu'elle s'y applique, « la règle de l'immutabilité est beaucoup plus rarement applicable aux testaments qu'aux actes passés pendant le mariage, car les conventions matrimoniales ont produit presque tout leur effet quand le testament va produire le sien ». Mais, et M. Tissier l'ajoute lui-même « les conventions matrimoniales peuvent encore avoir des effets à produire en ce qui concerne la liquidation et le partage, s'il y a eu communauté, et dans tous les cas, en ce qui concerne les libéralités faites dans le contrat ».

L'intérêt, tant pratique que théorique, d'une telle question est donc loin d'être négligeable. Aussi ne peut-on que s'étonner de trouver si peu d'études qui lui soient consacrées ; quelques articles ou phrases isolées, c'est tout ce que nous avons découvert à ce sujet. Nous allons essayer d'aborder ce problème en précisant, dans la mesure du possible, les différentes décisions que la jurisprudence en donne.

Si un tel problème suscite tant de difficultés, c'est qu'en effet, le testament est différent des autres actes portant modification des conventions matrimoniales. Bien que rédigé au cours du mariage, c'est-à-dire à un moment où, indiscutablement, s'applique le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, il ne produit ses effets, par contre, qu'au jour du décès, donc à un moment où le mariage est dissous. Le principe d'immutabilité règne-t-il encore à cet instant ? Toute la question est là ; la jurisprudence se prononce donc pour ou contre la validité des modifications testamentaires suivant qu'elle se prononce pour ou contre la cessation de l'immutabilité des conventions matrimoniales à la

1. Note sous Rouen, 15 décembre 1891, S., 1893.2.217.

dissolution du mariage. Et c'est ainsi que l'étude de l'application ou de la non application des conventions matrimoniales aux testaments s'intègre dans notre sujet général.

Nous ne serons pas surpris de constater que la majorité de la jurisprudence affirme la validité des modifications testamentaires et se prononce donc, par là-même, pour la cessation de l'immutabilité à la dissolution du mariage[1]. Le tribunal de Montpellier, dans son jugement du 23 février 1850[2] s'exprime très clairement en ce sens : « le mariage cessant, le contrat de mariage a cessé d'être obligatoire. Le testament de la femme est censé n'exister, et il n'a pu produire ses effets légaux qu'à dater de la mort de la testatrice, c'est-à-dire à une époque qui n'était plus régie par les conventions matrimoniales ».

M. Planiol résume excellemment toute cette jurisprudence, en affirmant[3] : « L'article 1395 du Code civil ne pouvait faire obstacle à l'efficacité du testament car ces deux actes, contrat de mariage et testament, régissent des périodes de temps qui ne coïncident jamais, pas même un instant ».

Si certains arrêts se prononcent pour la validité des modifications testamentaires, sans aucune restriction, la plupart d'entre eux tiennent néanmoins à réserver ce qu'ils appellent « les droits acquis ».

Enfin une jurisprudence, toute récente autant qu'inattendue, établit une distinction intéressante, entre les

1. Cass., 2 mars 1852, S., 1852.1.202 ; Trib. d'Evreux, 30 janvier 1891, sous arrêt Rouen au S., 1893.2.217 (note Tissier) ; Besançon, 6 janvier 1906 p. 1907.2.347.

2. Sous Cass., 2 mars 1852, S., 1852.1.202 ; Cass., 27 mai 1817, J.G. nº 344 ; Paris, 3 juin 1843, J.G., nº 327.

3. Note au D., 1905.2.p. 2.

testaments disposant pour l'avenir et les testaments disposant pour le passé, les testaments rétroactifs.

Nous allons donc étudier ces deux courants de jurisprudence.

Sous-Section I

Réserve des droits acquis.

Un testament peut valablement apporter des modifications aux stipulations contenues dans le contrat de mariage, déclarent les partisans de cette thèse, mais à une condition néanmoins, c'est qu'il ne porte pas atteinte à des droits acquis.

Le tout est de savoir ce qu'on entend effectivement par cette expression commode de « droits acquis ». Pour aboutir à préciser le sens de ces mots, il faudrait, ou pouvoir établir *une liste limitative des personnes* qui ont ainsi droit acquis à l'intangibilité des conventions matrimoniales, ou alors, à défaut, il faudrait découvrir *à quelles conditions* une personne quelconque bénéficie d'un droit acquis à un tel maintien. C'est ce que nous allons étudier, en deux paragraphes successifs.

Mais avant d'entreprendre cette étude, il nous faut tout d'abord dissiper une confusion que l'on retrouve dans de nombreux arrêts. Ceux-ci, en effet, en prononçant la nullité d'une modification testamentaire au contrat de mariage comme portant atteinte à des droits acquis, se réfèrent au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est ainsi que l'arrêt de la Cour de Besançon du 6 janvier 1906 [1] s'exprime en ces termes : « Attendu que la règle d'ordre public de l'immutabilité

1. D., 1907.2.347.

des conventions matrimoniales doit être entendue en ce sens que la seule restriction *apportée par l'article* 1395 Code civil au droit de tester de la Dame Guilloz est que cette dernière ne pouvait priver son mari, les tiers ou tous ceux ayant acquis des droits par son contrat de mariage, des droits que leur conférait ce contrat ».

Or un tel raisonnement est incontestablement faux. Le principe d'immutabilité et la théorie des droits acquis sont deux questions totalement indépendantes l'une de l'autre. La théorie des droits acquis ne peut entrer en jeu qu'en supposant clos le règne du principe d'immutabilité. En effet, cette théorie des droits acquis suppose, en règle générale, que le testament est valable. S'il est exceptionnellement nul. ce n'est pas parce qu'il porte atteinte au principe d'immutabilité. c'est parce qu'il porte atteinte à des droits acquis. Or le fait de réserver les droits acquis est une préoccupation de droit commun.

C'est d'ailleurs ce que dit M. Planiol dans sa note précitée « On voit que le motif qui a fait annuler la disposition testamentaire dans ce second cas est tout à fait étranger à l'idée d'immutabilité des conventions matrimoniales ». Et le même avis est encore exprimé par Laurent[1] : « En disposant par testament d'un droit contractuel, les époux ne peuvent pas porter atteinte aux droits qui sont acquis à des tiers en vertu des conventions matrimoniales. Ici on rentre dans le droit commun ».

§ 1. — Personnes pouvant se prévaloir d'un droit acquis.

Examinons, un par un, les arrêts qui reconnaissent ou qui dénient un droit acquis à certaines personnes.

1. T. XXI, nº 88.

Peut-être pourrons-nous alors délimiter exactement la notion de « droit acquis ».

1° *Conjoint.*

Il est certain que les conjoints ont un droit acquis au maintien des conventions matrimoniales. En effet, la théorie des droits acquis, avons-nous dit, nous replace sur le terrain du droit commun. Or les conjoints sont parties au contrat de mariage et il est impossible pour un contractant de porter atteinte, par une manifestation unilatérale de volonté, au contrat qu'il a antérieurement passé.

Nous n'avons découvert qu'un seul arrêt, très curieux, à ce sujet, celui de la Cour de cassation du 27 mai 1817[1]. Des époux stipulent, par contrat de mariage, que la « communauté conjugale n'aura lieu qu'entre les époux et les enfants qui naîtront de leur mariage seulement, et les époux déclarent formellement l'exclure à l'égard des héritiers collatéraux ». Aucun enfant ne naît de cette union. La femme, par testament, rappelle ses héritiers collatéraux au partage de la communauté. Ceux-ci, après son décès, demandent le partage de la communauté conformément aux termes du testament. La Cour de Cassation rejette l'action en partage et considère donc comme nulle et non avenue, la modification testamentaire du contrat de mariage. Il y avait, dans cette hypothèse, en effet, au profit du conjoint survivant, un droit acquis à *l'absence de communauté* au cas de non existence d'enfants.

Sans doute n'avons-nous trouvé qu'un seul arrêt sur cette question, parce qu'elle ne présente pas de difficultés spéciales, car, comme nous venons de le dire, le conjoint

1. J.G. *Contrat de mariage*, n° 344.

a certainement, à titre de partie au contrat, droit acquis au maintien du contrat.

2° *Enfants issus du mariage.*

Deux arrêts célèbres, rendus en sens contraire, reconnaissent, au profit des enfants issus du mariage, un droit acquis au maintien des conventions matrimoniales.

Dans ces deux affaires, il s'agissait d'une institution contractuelle qui avait été faite au profit du survivant, à la condition que celui-ci ne se remarie pas. C'était donc, dans les deux cas, d'une donation assortie d'une clause de viduité qu'il était question. Puis, l'époux prédécédé avait, par son testament, dispensé son conjoint d'observer cette condition, avait donc supprimé la clause de viduité. Cette modification testamentaire du contrat de mariage a été validée dans un cas[1], et annulée dans l'autre[2].

Or, dans le premier cas, les époux n'avaient pas eu d'enfant ; dans le deuxième cas, par contre, des enfants étaient nés du mariage. Donc, disent les commentateurs de ces arrêts, la divergence de ces solutions se justifie fort bien. Dans la première hypothèse, le testament est valable car il ne porte atteinte à aucun droit acquis ; dans la deuxième hypothèse, les enfants ne peuvent être privés du bénéfice de la clause de viduité au maintien de laquelle ils ont un droit acquis.

Les enfants issus du mariage ont donc incontestablement droit acquis. Cette solution est certaine et indubitable, d'après la jurisprudence.

Elle ne manque pourtant pas de nous étonner.

1. Paris, 3 juin 1843, J.G. *Contrat de mariage*, n° 327.
2. Trib. Evreux, 30 janvier 1891, sous Rouen, 15 décembre 1891, D., 1892.2.437 et S., 1893.2.217, note Tissier.

Quelle est, en effet, la situation juridique de ces enfants, avant le décès de leurs parents ? Celle d'héritiers présomptifs, à n'en pas douter. Or il est traditionnellement admis que les héritiers n'ont que de simples expectatives et non des droits acquis. Une nouvelle loi peut les écarter de la succession non encore ouverte, une nouvelle disposition émanant de simples particuliers devrait, à plus forte raison, restreindre leurs prérogatives. La distinction entre héritiers présomptifs et héritiers venant effectivement à la succession est pourtant l'exemple que tous les manuels donnent à l'appui de la distinction entre simples expectatives et droits acquis. C'est peut-être le seul exemple vraiment frappant où cette distinction apparaisse avec netteté. Et pourtant il semble bien que les décisions de Paris et d'Evreux aient fait bon marché d'une telle discrimination.

Faut-il alors en déduire que le critérium des droits acquis est différent, suivant qu'on l'envisage au regard du problème de la non-rétroactivité des lois ou au regard des dispositions privées ? Cette déduction nous semble bien étrange et nous ne voyons pas bien sur quel fondement elle pourrait être basée. D'ailleurs M. Tissier partage notre opinion, lorsqu'il affirme[1] : « ils (les enfants issus du mariage) n'avaient pas de droit acquis... ils ne pouvaient d'ailleurs être investis d'un droit de ce genre ; comme héritiers présomptifs, ils étaient trompés dans leur espérance, ils n'étaient pas lésés dans un droit acquis ».

Voici donc, à notre avis, une première hérésie juridique consacrée par les décisions précitées. Elle n'est pas la seule. En effet, comment reconnaître au profit des

1. Note, sous Rouen, 15 décembre 1891, S., 1893.2.17.

enfants issus du mariage un droit acquis au maintien des stipulations du contrat de mariage, alors que ces enfants n'ont pas été présents, et pour cause, à la rédaction de ce contrat ? Pour avoir un droit acquis au maintien d'un contrat, au moins faudrait-il être partie au contrat.

Pourrait-on soutenir alors que l'enfant, à titre d'héritier, d'ayant-cause à titre universel, a bien été partie au contrat puisque ses parents l'ont été ? Un tel argument ne peut être pris en considération. Il faut remarquer, en effet, que dans l'hypothèse des décisions d'Evreux et de Paris, l'intérêt des enfants issus du mariage est différent de celui des parents. Le parent donataire a intérêt à ce que la clause de viduité soit supprimée, l'enfant au contraire a intérêt à ce que la clause de viduité soit maintenue. Quant au parent donateur, il avait certainement droit acquis à la conservation de cette clause, mais il a lui-même renoncé à son droit, ce qui est parfaitement valable d'ailleurs. L'enfant ne peut donc être considéré ni comme représentant de l'époux donateur, ni comme représentant de l'époux donataire.

Ainsi donc une personne va pouvoir, non seulement bénéficier d'un contrat auquel elle n'a pas été partie, mais encore se prévaloir d'un soi-disant droit acquis au maintien de ce contrat

Quelle dérogation au principe de la relativité des effets des contrats, digne de figurer dans la liste qu'en a établi M. Savatier ![1]

Peut-être alors pourrait-on affirmer qu'il y a là stipulation pour autrui ! Les parents, en rédigeant leur contrat de mariage, et plus spécialement en adoptant la clause de viduité, auraient ainsi stipulé en faveur de leurs

1. *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, « *Rev. trim. droit civil* », 1934, p. 525 et suiv.

enfants à naître ? Une telle conception, valable pour l'Ancien Droit, ne peut plus avoir cours aujourd'hui. En effet l'Ancien Droit a connu la pratique des donations faites à des personnes futures et ces donations étaient surtout fréquentes, lors du mariage, en faveur des enfants à naître des époux. Par une fiction, le notaire était considéré comme stipulant au profit du donataire. Mais au XVI^e siècle, il se fit une réaction contre cette pratique des stipulations notariales. L'article 133 de l'Ordonnance de Villers-Cotteret (août 1539) décida que la donation n'aurait d'effet qu'à partir du jour où elle aurait été réellement acceptée par le donataire. Une disposition analogue se retrouve dans l'ordonnance de 1721 (art. 5)[1].

Et en définitive, même si, au mépris de l'histoire, on admettait la thèse de la stipulation pour autrui, la solution du jugement du tribunal d'Evreux serait encore inconcevable. Car une telle stipulation pour autrui, n'ayant pas encore été l'objet d'une acceptation de la part du bénéficiaire, serait purement et simplement révoquée par le testament.

Donc, nous ne pouvons qu'adresser des critiques au jugement du tribunal d'Evreux et à sa conception de droits acquis au profit d'enfants issus du mariage. Il est d'ailleurs très intéressant de constater, ce que se gardent bien de faire les partisans de la théorie des droits acquis, que l'arrêt d'appel de la Cour de Rouen ne contient plus de motifs fondés sur les droits acquis des enfants. Si elle se prononce également en faveur de la nullité du testament, c'est que, d'après elle, l'immutabilité des conventions matrimoniales persiste, à la dissolution du mariage.

1. PLANIOL et RIPERT, *Traité prat. droit civil*, t. V, par Trasbot, n° 167 en note.

3° *Enfants du premier lit.*

Comme nous venons de dénier tout droit acquis aux enfants issus du mariage, nous dénions naturellement, *a fortiori*, de tels droits aux enfants du premier lit, qui sont aussi des héritiers présomptifs, qui n'ont pas été parties au contrat de mariage, et dans l'intérêt desquels les stipulations du contrat n'ont certainement pas été rédigées.

Que dit à ce sujet la jurisprudence ? Elle est très vague et confuse. La Cour de Paris du 22 février 1930[1] s'exprime en ces termes : « si les enfants du premier lit n'ont pas à proprement parler, en tant qu'héritiers réservataires, de droits acquis sur les biens propres apportés au mariage par leur père, ils doivent être protégés au même titre que les tiers et être admis à faire respecter les droits légitimes qui leur appartiennent en vue d'empêcher que leur réserve soit diminuée ou compromise par la libéralité déguisée de leur père au profit de sa deuxième épouse... ».

Ces « attendus » nous semblent bien confus. Ils dénient à l'enfant du premier lit un droit acquis, à titre d'héritier réservataire, puis ils le lui accordent à un autre titre, mais en se référant à nouveau à la réserve.

Il est certain tout d'abord que les enfants du premier lit ont un droit acquis à leur réserve. Or leurs droits successoraux seront déterminés par la combinaison des stipulations du contrat de mariage avec les règles de dévolution héréditaire. A cet égard, toute modification apportée par un testament aux dispositions du contrat de mariage est de nature à modifier la masse successorale sur laquelle va se calculer la réserve des enfants et,

1. S., 1930.2.100.

sous cette forme indirecte, à porter atteinte à la réserve. Mais, comme le dit très justement M. Frejaville[1], « rien n'empêche en effet de calculer, en tenant compte de ses incidences sur la liquidation, les conséquences pécunaires de la modification testamentaire des conventions matrimoniales ; si cette modification entraîne pour le conjoint survivant un avantage indirect dépassant le montant de la quotité disponible spéciale, les enfants du premier lit pourront en demander la réduction ». Mais, *a contrario*, ils n'ont pas droit acquis, indépendamment de leur réserve, au maintien des conventions matrimoniales.

Cependant la Cour de Paris semble vouloir leur en accorder, au même titre, dit-elle, qu'aux tiers. Il est pour le moins bizarre qu'il faille, pour accorder un droit acquis aux enfants du premier lit, en passer par le détour d'une assimilation à des tiers quelconques. Nous croyons que la Cour de Paris a commis une confusion. Il est vrai que l'enfant du premier lit, tout comme un tiers quelconque qui y a intérêt, peut intenter l'action en nullité du testament, si nullité il y a. Pour ce faire, il suffit d'avoir intérêt et non droit acquis. Mais pour que la nullité du testament soit prononcée, il faudrait que les enfants du premier lit aient un droit acquis au maintien du contrat de mariage. Et, dans cette deuxième acception, l'assimilation aux tiers est inconcevable. Donc la Cour de Paris confond deux choses : le fait d'intenter l'action en nullité et le fait de l'existence de la nullité.

4° *Tiers.*

Il est inconcevable, venons-nous de dire, que tout tiers intéressé ait droit acquis au maintien des conventions matrimoniales. Et c'est pourtant ce que semblent

1. Note, sous Civ., 18 décembre 1935, D., 1936.1.129.

affirmer certains arrêts. La Cour de Besançon déclare, dans son arrêt du 6 janvier 1906 : « Cette dernière ne pouvait priver son mari, *les tiers*, ou tous ceux ayant acquis des droits par son contrat de mariage, des droits que leur conférait ce contrat ».

Certains auteurs même, tels que MM. Colin et Capitant et Savatier[1], admettent toute personne, soit conjoint, soit héritiers, soit tiers, à se prévaloir de droits acquis.

Avec une telle conception, la portée de la théorie des droits acquis est infinie. Il est vain d'affirmer qu'en principe, le testament est valable, mais qu'exceptionnellement il est nul, au cas d'atteinte à des droits acquis, si, dans presque toutes les hypoyhèses, il y a effectivement atteinte à des droits acquis. Et pourtant, les auteurs qui sont partisans de la théorie des droits acquis désirent la restreindre, ne la considèrent que comme une exception au principe de la validité des modifications testamentaires du contrat de mariage. Mais ils négligent de délimiter la portée de la notion de « droits acquis ». C'est donc, à notre avis, un arrêt de rejet qu'ils rendent eux-mêmes à l'encontre de la solution qu'ils préconisent.

Ou alors faut-il admettre que ces auteurs entendent s'en référer au principe d'immutabilité, édicté en effet dans l'intérêt des tiers ? Dans ce cas, on comprendrait que le contenu de la notion de droits acquis s'élargisse jusqu'à englober tous les tiers. Mais nous avons critiqué par avance cette conception. Nous avons déjà dit que la théorie des droits acquis et le principe d'immutabilité étaient deux questions totalement indépendantes l'une de l'autre. Introduire la réserve de droits acquis, c'est

1. Colin et Capitant, 2e édit., t. III, n° 36 ; — Savatier, *Portée et valeur du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales* « *Rev. trim. droit civil* », 1922, p. 103-104.

admettre implicitement que le principe d'immutabilité ne s'applique plus. Il est donc tout à fait illogique de s'en référer néanmoins à lui.

Par conséquent, nous ne pouvons pas, au terme de cette étude de jurisprudence, donner une liste précise et limitative des personnes qui peuvent se prévaloir de droits acquis au maintien des conventions matrimoniales.

§ 2. — Critérium des droits acquis.

A quelles conditions peut-on être titulaire d'un droit acquis au maintien des conventions matrimoniales ?

1° *Présence au contrat de mariage* ?

Il semblerait que l'une des conditions essentielles soit la présence au contrat de mariage. Il faudrait au moins être partie au contrat pour pouvoir invoquer le droit au maintien de celui-ci. Et pourtant, d'une part, cette condition est insuffisante, d'autre part, elle n'est même pas nécessaire, selon la jurisprudence.

Elle est insuffisante. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour de Paris du 3 juin 1843[1]. Nous avons déjà cité cet arrêt relatif à la suppression, par testament, de la clause de viduité insérée au contrat de mariage. Le testament fut considéré comme valable, car d'après la Cour, il ne porte atteinte à aucun droit acquis, aucun enfant n'étant né de l'union. Mais il y avait des ascendants et l'arrêt refuse de leur accorder un droit acquis, bien qu'ils aient été présents au contrat de mariage.

La présence au contrat de mariage n'est pas nécessaire pour bénéficier d'un droit acquis. C'est ce que nous

1. J.G., *Contrat de mariage*, n° 327.

avons, à notre grande surprise, découvert, en étudiant le jugement du tribunal d'Evreux, qui reconnaît un tel droit aux enfants issus du mariage. Ceux-ci ne sont même pas conçus au moment du contrat, il n'est pas question d'envisager leur présence à ce contrat. Dans l'Ancien Droit, avons-nous dit, on les considérait comme fictivement présents, mais cette conception ancienne a disparu. Donc à l'heure actuelle on peut être titulaire d'un droit acquis sans avoir été présent au contrat de mariage.

2° *Existence d'une convention formelle* ?

Certains arrêts exigent une convention attribuant formellement, expressément, un droit à la personne envisagée. La Cour de Paris, dans l'arrêt du 3 juin 1843, est très explicite sur ce point. Elle a refusé de reconnaître un droit acquis au profit des parents des époux car, dit-elle « les parents de la femme n'ont point stipulé de droit de retour à leur profit... » et, en effet, à un autre passage, elle exige une convention formelle pour reconnaître un droit acquis « ... cette extension ne porte pas préjudice à des droits acquis par des tiers, d'après des conventions formelles ».

Pourtant les enfants issus du mariage ont un droit acquis, d'après la jurisprudence, alors que le contrat de mariage ne contient aucune convention formelle à leur profit. Ils n'avaient pas été, comme le dit M. Tissier, expressément « gratifiés sous la condition suspensive du second mariage de l'époux donataire... Ils ne sont pas donataires, ils n'ont pas été institués ».

Ainsi cette notion ne constitue pas encore le critérium des droits acquis.

3° *Intérêt* ?

Il semble que, d'après la jurisprudence, une personne soit considérée comme ayant un droit acquis au maintien d'une stipulation matrimoniale, lorsque cette disposition a été insérée dans son intérêt. C'est, en effet, à ce point de vue que se place le jugement du tribunal d'Evreux précité. Les enfants issus du mariage doivent, selon lui, continuer à pouvoir se prévaloir de la clause de viduité, car c'est en leur faveur, dans leur intérêt que cette clause a été rédigée, « la déchéance contenue dans le contrat de mariage des époux Latellier pour le cas où le survivant d'entre eux contracterait une nouvelle union, a été établie principalement et même uniquement dans l'intérêt des enfants à naître du mariage ; la Dame Auger, issue du mariage des époux Letellier, avait ainsi des droits acquis dont elle ne pouvait être privée par une nouvelle disposition de sa mère... ».

C'est donc, en définitive, à ce critérium qu'il faut s'arrêter, car c'est celui qu'adopte la jurisprudence. Mais de là à affirmer sa justesse absolue, il y a un pas. En effet, actuellement, l'intérêt des enfants à naître n'est plus pris directement en considération. Même dans le cas de l'institution contractuelle, cas le plus favorable pourtant, la loi (art. 1093) décide que lorsqu'elle émane d'un des conjoints, les enfants ne pourront en bénéficier qu'à la condition d'une disposition expresse en ce sens. Sinon « elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire, avant l'époux donateur ». Dès lors, la jurisprudence nous semble bien hardie de déduire de cet intérêt prétendu un soi-disant droit acquis.

Nous voyons donc que tous nos efforts pour préciser

la notion de « droit acquis » sont restés vains et infructueux. Nous n'avons pas pu énumérer d'une manière sûre et limitative les personnes qui seraient bénéficiaires du droit acquis envisagé. Nous n'avons pas pu trouver un critérium infaillible et général du droit acquis. Le seul auquel la jurisprudence semble s'attacher avec le moins d'incertitude, n'est pas à l'abri des critiques et paraît même erroné dans ses applications.

Ce résultat négatif ne nous surprend d'ailleurs nullement. Nous ne faisons que constater, par là, une fois de plus, l'imprécision dans laquelle se complaît parfois la jurisprudence et la doctrine. Tous les arrêts, tous les auteurs emploient, à l'envi, certains mots qu'ils seraient bien embarrassés de définir, si on leur posait la question. L'expression de « droits acquis » est commode, c'est une sorte de passe-partout ingénieux, ouvrant le champ à toutes les possibilités. C'est « un pavillon qui couvre toute espèce de marchandises » suivant l'expression de M. Roubier[1].

Etudions ses applications dans notre Code civil. Elles sont nombreuses : c'est le principe du respect des droits acquis qui inspire les articles 337, 462, 790, 1262, 1263, 1299, 1338 et 2091. La plupart du temps, dans ces divers cas, il s'agit de personnes qui, ayant contracté sur la foi d'une situation juridique donnée, ont un droit au maintien du contrat lorsque cette situation juridique change. C'est ainsi que, par exemple, les actes passés avec le curateur à la succession vacante sont maintenus, même lorsque l'héritier qui avait précédemment renoncé à la succession rétracte ultérieurement sa renonciation (art. 790). Mais nous voyons ainsi que la personne n'a droit acquis au

1. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, p. 323.

maintien d'un contrat, que parce qu'elle a elle-même passé le contrat envisagé, qu'elle y a été partie. Nous sommes loin de la solution exorbitante du tribunal d'Evreux.

Seul, l'article 790 emploie expressément les mots « droits acquis ». Or la loi, tout en se référant à la conception des droits acquis, est désireuse de limiter, elle-même, l'étendue de cette notion, car elle précise « droits acquis soit par prescription, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante ». Mais la jurisprudence se plaît à élargir ce cadre. C'est ainsi qu'elle interdit au réservataire qui, après avoir renoncé à la succession, se rétracte ensuite, de demander la réduction des libéralités faites par le défunt, excédant la quotité disponible. Elle considère donc que les donataires ont un droit acquis, par suite de la renonciation précitée du réservataire, à la conservation des libéralités qui leur ont été adressées[1]. La doctrine s'élève vivement contre cette solution et se prononce pour l'interprétation restrictive de l'article 790[2]. Nous constatons donc que, dans la seule hypothèse où le Code emploie formellement les mots « droits acquis », la jurisprudence étend le sens de cette expression au delà de ce qu'avait été la conception des rédacteurs de 1804. Il est presque fatal, dès que l'on entend s'en référer aux droits acquis, de ne pas pouvoir s'arrêter à mi-chemin, de ne pas pouvoir limiter d'une façon précise les conséquences de cette thèse. Mieux vaut, à notre avis, la rejeter délibérément.

C'est d'ailleurs ce que fait M. Roubier, suivi par toute la doctrine contemporaine, en matière de conflits de lois

1. Civ., 5 juin 1878, D., 1878.1.344 ; S., 1878.1.457.
2. Planiol et Ripert, *Traité pratique droit civil*, t. IV, *Des successions*, par Maury et Vialleton, n° 321.

dans le temps. « Rien ne montre mieux la tendance constante de la doctrine, dit-il [1], toutes les fois qu'elle s'est trouvée en face d'un problème de conflit de lois dans le temps, à se réfugier derrière la notion du droit acquis. Cette tendance n'a pas peu contribué à fausser toutes les données de notre science ». Ailleurs, il déclare encore : « en se débarrassant de cette formule, on ne détruit rien de solide ni de sérieux » [2].

Nous allons en faire de même, au moins en ce qui concerne la thèse des droits acquis, appliquée au problème de la validité des modifications testamentaires du contrat de mariage. Retenons, de toute cette théorie, un seul point néanmoins. Certains auteurs, avons-nous constaté, confèrent droit acquis au conjoint, aux héritiers et même aux tiers. Ils affirment donc que même les tiers ont un droit au maintien des conventions matrimoniales et qu'un testament ne saurait, au mépris d'un tel droit, modifier le contrat de mariage. N'est-ce pas là reconnaître implicitement que le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales doit continuer à recevoir application même après la dissolution du mariage, puisque, nous l'avons maintes fois constaté déjà, l'intérêt des tiers constitue son principal fondement ? Les partisans de la théorie des droits acquis en arrivent donc, pour être logiques avec eux-mêmes (!) à rejeter leur propre thèse, à rejeter le point de départ même de cette thèse, à savoir la cessation du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales à la dissolution du mariage, pour adopter implicitement une conception diamétralement opposée, celle de la persistance de l'immutabilité après dissolution du mariage.

1. Ouvrage précité, p. 322.
2. P. 323.

Sous-Section II

Distinction des testaments disposant pour l'avenir et des testaments rétroactifs (arrêt de la Chambre civile de 1935)[1].

Jusqu'en 1935, toute la jurisprudence qui se préoccupait de savoir si les modifications testamentaires du contrat de mariage étaient valables ou nulles, ne visait qu'une seule catégorie de testaments : les testaments disposant pour l'avenir.

En 1935, un arrêt sensationnel, rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, pour la première fois, envisage le cas de testaments rétroactifs, c'est-à-dire de ceux par lesquels le *de cujus* prétend réglementer le passé. Dans cette hypothèse, les effets du testament remontent exceptionnellement au jour du contrat et donc se heurtent au principe d'immutabilité alors en vigueur.

L'espèce soumise à la Cour de Cassation était la suivante : Un contrat de mariage, stipulant la communauté réduite aux acquêts, contenait un article 7, ainsi conçu : « Réserve des propres : les apports et dots des futurs époux et les biens, meubles et immeubles qui pourraient advenir et échoir à chacun d'eux pendant le mariage, par successions, donations, legs ou autrement, seront exclus de la communauté et ils demeureront propres et personnels à celui des époux qui les aura recueillis, ou du chef duquel ils proviendraient, de sorte que le fonds de commerce et le matériel apportés en mariage par le futur époux lui resteront propres : en conséquence, la

1. Civ., 18 décembre 1935, D., 1936.1.129, note Fréjaville et S., 1937.1. 57, note Durand.

communauté à partager se composera uniquement des réserves des époux et des économies faites pendant le mariage ».

Puis, le mari, dans un codicille ajouté à son testament, après avoir rappelé la teneur de cet article 7, déclare : « Par la présente, j'entends détruire cet article 7, en ce qui concerne le fonds de commerce et le matériel, et je déclare qu'ayant apporté dans la société anonyme d'Union commerciale de Meaux, dont je suis l'un des fondateurs, mon fonds de commerce et le matériel (pour une somme supérieure à 25.500 fr.) j'entends et je veux que le bénéfice de cette cession ainsi que les divers avantages qui m'ont été consentis par la société l'Union commerciale, et notamment les parts de fondateur qui m'ont été attribuées statutairement, ne soient pas considérés ni compris comme restant propres, et que ma femme partage dans tous les avantages et bénéfices sans exception résultant de cette cession faite à ladite société l'Union commerciale ».

La Cour de Paris, dans son arrêt du 22 février 1930 [1], considère ce codicille comme une disposition rétroactive. D'après elle, le mari n'a pas légué à sa femme le fonds de commerce dont il s'agit, mais il a voulu en modifier, rétroactivement, la nature. Le contrat de mariage en faisait un bien propre, le testament en fait, rétroactivement, un bien commun compris, comme tel, dans la masse à partager.

La Cour de Cassation, alors, s'appuyant sur l'interprétation que la Cour de Paris donne du codicille litigieux, en prononce la nullité. « Attendu que, par une interprétation du codicille litigieux non critiquée par le pourvoi, la Cour d'appel a jugé que Victorien-Joseph Renard, de

1. S., 1930.2.100.

cujus, avait entendu, non point léguer à sa seconde femme la moitié des biens à lui propres énumérés dans cet acte, mais donner rétroactivement à ces biens propres la qualité de biens de communauté, de façon que sa dite femme en recueillît, lors du partage, une moitié directement, à titre de copropriétaire..... d'où il suit ..... que l'annulation du codicille litigieux est légalement justifiée »[1].

La distinction qu'établit ainsi la Cour de cassation entre les testaments disposant pour l'avenir et les testaments rétroactifs repose donc sur l'interprétation que la Cour de Paris a donnée du codicille litigieux. Cette interprétation est-elle à l'abri de toute critique ? C'est le premier point qu'il nous faut étudier.

Mais, même en admettant une telle interprétation, la nullité du codicille devait-elle nécessairement en résulter ? En effet ne pourrait-on pas soutenir que, puisque le testament opère modification rétroactive du contrat de mariage, il n'est pas porté atteinte au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales ? Juridiquement le fonds de commerce est censé avoir toujours été commun, dès la rédaction du contrat de mariage, l'article 7 du contrat est censé n'avoir jamais existé. Le testament ne déroge donc nullement à l'article 1395 en droit. Faut-il donc se placer sur le terrain du droit ou sur le terrain des faits pour solutionner le problème ? Il s'agit en définitive, de voir comment, en présence du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, joue la rétroactivité. Ce qui nous amènera ainsi à élaborer une théorie générale de l'influence de la rétroactivité

1. D'autres raisons encore, que nous étudierons ultérieurement, motivent la décision de la Cour de cassation. Nous ne faisons, pour l'instant, que dégager l'argument fondé sur la rétroactivité.

sur l'immutabilité des conventions matrimoniales. Puis, nous essaierons d'appliquer cette théorie générale à l'hypothèse particulière de l'arrêt de 1935.

§ 1. — Discussion du bien-fondé de cette distinction.

La Cour de Paris, suivie par la Cour de Cassation, a-t-elle bien interprété la volonté du testateur ? Est-il bien juste de considérer qu'il a voulu non point léguer la moitié du fonds de commerce à sa femme, mais en modifier rétroactivement la nature ?

Nous ne le croyons pas. A notre avis, le testateur s'est préoccupé uniquement de l'avenir et s'est fort peu soucié du passé. Par cette clause, assez singulière, il faut l'avouer, il a tout simplement voulu que le fonds de commerce soit attribué pour moitié à sa femme. Pour ce faire, il a maladroitement, sans doute, voulu conférer *in extremis* le caractère commun au fonds de commerce. Mais il ne prétendait nullement revenir ainsi sur une situation passée et stipuler rétroactivement.

C'est ce que déclare aussi M. Fréjaville[1] : « Il est fort probable que dans la pensée du testateur, elle (la clause testamentaire) équivaudrait à un legs de la moitié de la valeur du fonds de commerce au profit de sa seconde femme », et, plus loin, il dit encore : « Cette interprétation était non moins singulière que la clause litigieuse elle-même. On ne voit pas bien à quoi pouvait servir la rétroactivité admise par l'arrêt, dans la pensée du testateur ».

D'ailleurs, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 27 janvier 1936, a donné la qualification de legs à une

1. Note, sous Cic., 18 décembre 1935, D., 1936.1.129.

disposition testamentaire à peu près analogue [1]. Dans son testament, Antoine Pestre déclarait « ne vouloir tenir aucun compte du régime dotal réglant les conditions de son union avec la dame Fage » et exprimait le désir que celle-ci pût « toucher les intérêts lui appartenant, comme s'ils étaient mariés sous le régime de communauté ». La Cour d'Alger, suivie par la Cour de Cassation, a reconnu néanmoins que cette disposition testamentaire était valable et l'a interprétée comme un legs d'usufruit.

Pourquoi la Cour de Cassation a-t-elle jugé différemment dans l'espèce que nous étudions ? Pourtant, aux termes de l'article 1157 « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». C'est l'adage traditionnel *Potius ut valeat quam ut pereat.*

Mais la jurisprudence estime que les principes de l'article 1157 ne s'imposent pas aux juges ; que le législateur ne leur a donné là que de simples conseils, dénués de tout caractère impératif, et sans leur imposer aucune règle dont l'inobservation puisse donner ouverture à cassation [2].

Au surplus la souveraineté du juge du fait existe, en présence de textes obscurément rédigés par leurs auteurs ; la théorie de la dénaturation ne s'applique qu'aux clauses claires et précises, ce qui n'était pas le cas dans l'espèce [3]. Certains auteurs souhaitent un contrôle plus effectif et un rôle plus large de la Cour de Cassation et désirent : « que la Cour de Cassation joue dans toute son ampleur le rôle indispensable de direction et d'unification qui est le sien » dit M. Simonnet [4]. Mais, en l'état actuel de la

1. Req., 27 janvier 1936, S., 1936.1.149.
2. Voir Req., 13 février 1883, S., 1883.1.466.
3. Note Fréjaville, sous arrêt précité.
4. Note, sous Civ., 25 mars 1924, S., 1925.1.345.

jurisprudence, la Cour de Cassation, dans l'espèce envisagée, était liée par l'interprétation de la Cour de Paris.

Il est alors curieux de constater que cette nouvelle thèse, élaborée par la Cour de Cassation à propos de l'arrêt du 18 décembre 1935, distinguant les testaments disposant pour l'avenir et les testaments rétroactifs, n'a été rendue possible que par une interprétation certainement inexacte et erronée des volontés du disposant. C'est parce que *les juges du fait*, souverains dans ce domaine, ont mal jugé, que la Cour de Cassation échafaude une nouvelle théorie juridique. Faut-il s'en féliciter et approuver le système de la Cour de Cassation ? Nous en arrivons au point de savoir si, étant admise l'interprétation du testament rétroactif, la Cour de Cassation a justement considéré le testament comme nul.

Cette distinction des testaments disposant pour l'avenir et des testaments rétroactifs, en effet, ne doit pas être écartée par le seul fait que, dans l'hypothèse de l'arrêt cité, la volonté du testateur a été faussement interprétée. Elle peut se reproduire dans des cas rares, il est vrai, mais possibles néanmoins, où incontestablement, le testateur a voulu stipuler rétroactivement, et s'est effectivement préoccupé de régir le passé.

§ 2. — Influence générale de la rétroactivité sur l'immutabilité.

La Cour de Cassation prononce *la nullité* du testament parce que, dit-elle, il est rétroactif. Mais ne devrait-on pas soutenir à l'inverse que le testament *est valable* parce que rétroactif ? Par suite de la rétroactivité, en effet, aucune atteinte n'est portée au principe d'immutabilité

des conventions matrimoniales ; il n'y a pas, en droit, de modification au contrat de mariage, car la disposition testamentaire est censée avoir pris naissance au jour du contrat de mariage ; le fonds de commerce, objet du litige, est censé avoir toujours été commun.

Le tout est donc de savoir s'il faut ainsi considérer la situation du point de vue strictement juridique, s'il faut donner une vaste portée à la fiction que constitue la rétroactivité, ou plutôt s'il convient de faire large place aux faits, aux réalités. Pour donner une réponse à une telle question, examinons d'autres hypothèses où nous rencontrons le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, face à la notion de rétroactivité. Nous constaterons alors que, tantôt la notion de rétroactivité va à l'encontre du principe d'immutabilité, tantôt elle constitue un appui pour ce principe.

1° *La rétroactivité va à l'encontre du principe d'immutabilité.*

La lutte entre la notion de rétroactivité et le principe d'immutabilité se rencontre, selon nous, dans trois hypothèses : celle des liquidations anticipées de communauté, celle des régimes conditionnels, celle des nullités du contrat de mariage.

a) *Liquidations anticipées.* — Il est communément admis, en doctrine et en jurisprudence, que les liquidations anticipées de communauté sont nulles.

Auteurs[1] et tribunaux[2] interdisent aux parties de

1. Baudry-Lacantinerie. Le Courtois et Surville, 3e édit., t. II, n° 900 ; — Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. VIII par Nast, n° 54 ; t. IX par Nast, n° 683 ; — Colin et Capitant, II, n° 36.

2. Paris, 24 mars 1903, D., 1905.2.1 note Planiol ; Req., 6 avril 1903, S., 1904.1.505 note Naquet ; Paris, 2 mars 1925, D., 1926.2.12 note Nast ; Paris, 4 novembre 1932, D.H. 1933.10. ; Req., 3 avril 1935, D.H. 1935.284 Civ., 3 novembre 1924, D., 1925.1.137, note Savatier.

procéder au règlement de leurs droits respectifs avant la dissolution du mariage.

Certains tribunaux ont tenté de fonder la nullité des liquidations, faites en cours d'instance en divorce, en séparation de corps, ou en séparation de biens, sur l'article 1453. La liquidation et le partage anticipés de la communauté supposent, selon cette jurisprudence, que la femme a pris parti et renoncé, avant la dissolution de la communauté, à sa faculté d'option, ce qui lui est interdit par l'article 1453. Mais cet argument est certainement erroné, la liquidation anticipée de la communauté ne suppose pas que la femme renonce à sa faculté d'option. Elle est conditionnelle et subordonnée à l'acceptation définitive de la communauté par la femme. Après le prononcé du jugement, la femme ou ses héritiers prendront librement parti, comme le veut l'article 1543 ; s'ils acceptent la communauté, la convention de partage anticipé recevra son exécution ; s'ils renoncent, l'acte restera sans effet.

Cet argument étant rejeté, il reste donc avéré que la liquidation anticipée est nulle parce qu'elle équivaudrait à modifier le fonctionnement normal du régime, tel qu'il est établi dans le contrat de mariage ; la liquidation est nulle, parce que le principe d'immutabilité est en jeu.

C'est alors qu'intervient la notion de rétroactivité. Le jugement de divorce ou de séparation de corps, en effet, rétroagit, en ce qui concerne les effets pécuniaires entre époux, au jour de la demande. C'est ce qu'a toujours décidé la jurisprudence pour la séparation de corps et c'est ce qu'a confirmé la loi du 18 avril 1886 en étendant cette solution au divorce (art. 252). Dès lors, semble-t-il, par suite de cette rétroactivité, au moment où intervient

la liquidation de communauté, le régime matrimonial est dissous ; la liquidation ne porte donc nullement atteinte au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

C'est ce que soutient, avec véhémence, M. Gaudemet[1]. Un seul arrêt, celui de la Cour d'Aix du 25 janvier 1922[2], soutient la même thèse. La transcription, postérieure à l'acte, du jugement qui, antérieurement, avait prononcé le divorce, a fait remonter les effets de ce divorce, dans les rapports des époux et le règlement de leurs intérêts pécuniaires, au jour de la demande, si bien qu'il est devenu juridiquement vrai de dire que l'acte litigieux est postérieur à la dissolution de la communauté ».

Mais la majorité de la doctrine et de la jurisprudence refuse d'adopter l'argument tiré de la rétroactivité du jugement de divorce ou de séparation de corps. La rétroactivité, en effet, est une fiction, un procédé juridique employé dans un but déterminé, pour obtenir des résultats précis. Il ne faut pas élargir outre mesure sa portée. La rétroactivité ne joue que dans la mesure de sa fonction. Or pour quelle raison la loi a-t-elle admis cette rétroactivité ? Il est unanimement répondu que c'est afin de protéger la femme contre des abus de son mari. Grâce à cette fiction, celui-ci ne pourra plus, ni disposer des biens de la communauté, ni engager ces biens. Et c'est tout. Remarquons même que si l'on considérait le jugement de divorce ou de séparation de corps comme rétroactif à tous égards, la femme serait investie, dès le jour de la demande, des pouvoirs d'administration et même de disposition. Or la jurisprudence n'est jamais

1. « *Rev. trim. droit civil* », 1922, p. 609 ; 1923, p. 977 ; 1925, p. 889 ; 1927, p. 184.
2. *Gaz. Pal.*, 1922.1.265.

allée jusque là, consacrant ainsi une sorte de rétroactivité à sens unique.

Ne nous étonnons donc pas de constater que la rétroactivité du jugement de divorce, de séparation de corps, ou de séparation de biens, est impuissante à valider les liquidations intervenues en cours d'instance. « Cette rétroactivité, dit M. Planiol[1] n'est pas entière, et n'a pas lieu à tous égards ni pour tout le monde », et plus loin, il ajoute « la rétroactivité relative attibuée au divorce n'est qu'un moyen d'empêcher le mari d'abuser de ses pouvoirs au détriment de la femme. Son effet est donc limité par le motif de son institution ... ».

Ainsi donc, le fait l'emporte sur le droit. En fait, au moment où la liquidation est intervenue, le mariage, le régime matrimonial, existaient. Cela suffit pour que le règlement anticipé soit nul. Le principe d'immutabilité domine, il est le maître de la situation. Si la rétroactivité du jugement avait été appliquée largement, si les époux avaient pu établir un acte liquidatif en cours d'instance, la jurisprudence aurait laissé libre cours aux abus d'influence, aux manœuvres, aux pressions de l'un des époux sur l'autre. « Les liquidations conventionnelles en cours d'instance, dit M. Naquet[2], sont presque habituellement le prix d'un marchandage imposé par l'un des époux à l'autre ; l'un d'eux est pressé d'en finir avec la procédure pour reprendre sa liberté et contracter une nouvelle union, il est prêt à toutes les concessions pécuniaires ».

Or nous savons que la crainte des abus d'influence est l'une des raisons de l'adoption, par le législateur, du principe d'immutabilité. L'application de la rétroactivité

1. Note, sous Paris, 24 mars 1903, D., 1905.2.1.
2. Note, sous Req., 6 avril 1903, S., 1904.1.505.

aurait donc gêné l'application de l'immutabilité, la jurisprudence la rejette et fait triompher l'article 1395. Dès lors que le principe d'immutabilité est en jeu, le fait l'emporte sur le droit.

b) *Régimes conditionnels.* — C'est une question très discutée de savoir si les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, adopter un régime conditionnel, stipuler par exemple qu'ils se marient sous le régime de séparation de biens, mais que, s'ils ont des enfants, le régime de communauté s'y substituera.

En principe, les époux peuvent adopter dans leur contrat de mariage toute stipulation quelconque. Et la liberté des conventions matrimoniales est même comprise, par le législateur et la jurisprudence, d'une façon plus large que la liberté habituelle des contrats. Par faveur pour le mariage, certaines clauses telles que l'attribution totale de la communauté, la reprise d'apports francs et quittes, sont valablement insérées dans le contrat de mariage alors qu'elles seraient nulles dans un contrat de société. Pourquoi alors interdirait-on aux époux de stipuler un régime conditionnel ?

C'est qu'au principe de la liberté des conventions matrimoniales s'oppose le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Adopter un régime conditionnel, stipuler que, si un événement déterminé se réalise, le régime de communauté par exemple se substitue au régime de séparation de biens, équivaut à modifier les conventions matrimoniales primitives. Deux régimes différents se succèdent dans le temps, ce qui constitue une violation de l'article 1395.

Le principe d'immutabilité, rétorque-t-on alors, est parfaitement compatible avec un régime conditionnel.

Car la condition a un effet *rétroactif*, d'où il résulte que, juridiquement, il n'y a pas succession dans le temps de deux régimes différents ; un seul régime est censé avoir seul existé et ce, dès la célébration du mariage.

C'est ce que soutient une partie de la doctrine actuelle[1] qui s'appuie, pour ce dire, sur l'opinion de certains auteurs de notre Ancien Droit, Lebrun, Pothier[2]. Au surplus certains arrêts et spécialement ceux de la Cour de Colmar[3] se prononcent également en faveur de la validité des régimes conditionnels.

Et pourtant, la majorité de la doctrine affirme, au contraire, la nullité des régimes conditionnels[4]. C'est qu'en effet, il ne faut pas exagérer la portée de la rétroactivité de la condition. Tout comme celle du jugement de séparation de biens, de divorce ou de séparation de corps, elle a une fonction déterminée, un but précis à remplir. En dehors de cette fonction et de ce but, elle ne s'applique pas.

En effet, on admet couramment que la condition a un effet rétroactif. L'article 1179 le formule même expressément. Mais, lorsqu'on recherche sur quelle base juridique cette règle repose, il faut avouer qu'on est assez embarrassé pour en trouver une vraiment solide. On déclare habituellement que la rétroactivité de la condition est basée sur l'intention présumée des parties. Mais il est douteux que ce soit là l'idée des rédacteurs du Code. En effet la solution de l'article 1182, mettant la chose aux

1. Guillouard, I, n° 98 ; — Colin et Capitant, III, p. 34 ; — Huc, IX, n° 27.

2. Lebrun, livre I, chap. III, n° 10 ; — Pothier, n° 278.

3. 3 mars 1863, D., 1864,2.85 (3 arrêts rendus le même jour dans le même sens).

4. Planiol et Ripert, *Traité prat.*, t. VIII, n° 65 ; — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 47 *bis* et 91 ; — Laurent, XVI, n° 207.

risques du débiteur dans le cas d'obligation contractée sous condition suspensive, ne cadre pas du tout avec l'idée que l'acquéreur conditionnel, créancier de la livraison de la chose, a voulu être propriétaire dès le jour du contrat[1].

En réalité, la rétroactivité de la condition trouve sa raison d'être dans une nécessité d'ordre pratique, elle est fondée sur un besoin de sécurité dans les affaires. En l'absence de rétroactivité, en effet, le débiteur conditionnel pourrait consentir valablement à des tiers des droits purs et simples sur la chose qu'il doit sous condition. Il faut empêcher que le droit du propriétaire conditionnel soit amoindri par les actes du possesseur intérimaire. Tel est le but de la rétroactivité de la condition. C'est donc dans cette mesure seulement que la condition doit être rétroactive. « La rétroactivité de la condition, dit M. Nast[2] n'est, au fond, qu'un moyen technique d'expliquer certains effets désirables, c'est en exagérer la portée que d'en faire un principe rationnellement obligatoire ».

Si, en droit commun, la rétroactivité de la condition doit avoir une portée limitée, à plus forte raison doit-il en être ainsi, lorsqu'il s'agit de conventions matrimoniales. En effet, il y a une grosse différence entre un contrat ordinaire fait sous condition et un régime matrimonial conditionnel. « Quand une vente est faite sous condition suspensive, dit Laurent[3], les effets du contrat sont en suspens. On peut dire, en un certain sens, qu'il n'y a point de vente, et régulièrement les parties contrac-

1. Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse, Paris, 1922, p. 291 et suiv.
2. Planiol et Ripert, *Traité prat.*, t. VIII, par Nast, n° 56.
3. Laurent, t. XXI, n° 207.

tantes resteront dans l'inaction jusqu'à ce qu'elle sachent s'il y a vente ou non ; il est vrai que le vendeur et l'acheteur peuvent faire l'un et l'autre des actes de disposition dont l'effet restera incertain, tant que la condition sera en suspens ; mais rien ne les force à faire ces actes et il sera très rare qu'ils les fassent, les tiers se refusant à contracter avec un propriétaire conditionnel. Lors donc que la condition s'accomplit, la rétroactivité sera d'ordinaire sans inconvénient, elle ne résoudra rien, puisque rien n'aura été fait. Il n'en est pas de même du régime matrimonial stipulé sous condition ».

En effet, il *faut* que les époux aient un régime quelconque et d'autre part les « besoins du mariage, dit encore Laurent, et mille causes forcent les époux à contracter... Or, si le régime est conditionnel, tout sera dans l'incertitude. Traitera-t-on ? Les actes pourront être résolus. A ces conditions, personne ne voudra contracter avec les époux, et cependant ils sont forcés de contracter. Que s'ils traitent, malgré l'incertitude qui tient en suspens l'effet de leurs conventions, de longues relations se trouveront bouleversées par l'avénement de la condition ».

En somme toutes ces différences sont celles qui séparent habituellement un contrat instantané d'un *contrat successif*. Le contrat de mariage est le type, peut-être le plus frappant, des contrats successifs. Or il est constant que la rétroactivité est impuissante, lorsqu'elle se heurte à un tel contrat. En effet, si un contrat instantané peut, par exemple, être résolu rétroactivement pour inexécution par un contractant de ses obligations, un contrat successif ne peut être que résilié. Une nouvelle situation juridique s'instaure pour l'avenir, mais on ne peut passer

l'éponge sur les faits qui se sont réellement produits dans le passé[1].

Supposons en effet que le contrat de mariage contienne adoption du régime dotal sous condition suspensive. Tant que la condition est en suspens, les époux sont mariés sous le régime de communauté, la femme est donc libre d'aliéner, d'hypothéquer la nue-propriété de ses biens. Puis la condition se réalise. Tous les actes de la femme, réguliers au moment de leur passation, vont-ils être déclarés nuls ! Que deviendraient alors les cocontractants ? Bizarre façon de protéger les tiers ! Et nous savons et nous ne cessons de répéter que l'intérêt des tiers est le fondement majeur de l'immutabilité des conventions matrimoniales !

Donc la rétroactivité, loin de servir le principe d'immutabilité, s'oppose au contraire à lui. Ici encore, la rétroactivité est refoulée par le principe d'immutabilité, les faits l'emportent sur le droit, la réalité l'emporte sur la fiction. Or que s'est-il passé en fait ? Deux régimes juridiques différents se sont succédé dans le temps : il y a violation de l'article 1395, les régimes conditionnels doivent être interdits.

Dans cette hypothèse donc, d'une part la liberté des conventions matrimoniales, d'autre part la rétroactivité de la condition commandaient la validité des régimes conditionnels. Mais le principe d'immutabilité en commandait par contre la nullité. C'est le principe d'immutabilité qui triomphe.

c) Nullités du contrat de mariage. — La nullité du contrat de mariage est, avons-nous dit dans notre section

1. C'est pour la même raison que la rétroactivité de la nullité des sociétés entre époux a été écartée et qu'il s'agit moins d'une nullité que d'une liquidation anticipée, faite parfois sur la base même du pacte social.

première, toujours absolue, quel que soit le vice qui l'ait motivée, que ce soit un vice de forme ou même un vice du consentement ou une incapacité. — C'est en raison du principe d'immutabilité que cette nullité est toujours absolue. Car, dit la jurisprudence, si la nullité, était relative, l'époux qui serait seul titulaire de l'action pourrait à son gré l'intenter, c'est-à-dire se soumettre au régime de communauté légale ou ne pas l'intenter et alors se référer au régime contractuel. Il n'y aurait donc pas immutabilité du régime matrimonial.

Là encore, la notion de rétroactivité pouvait intervenir. Car les effets de la nullité agissant rétroactivement, le régime de communauté serait censé avoir seul toujours été en vigueur, dès le jour de la célébration du mariage. Il n'y a pas, en droit, changement de régime. Mais, dans cette hypothèse encore, en fait, il y a changement de régime. Or la jurisprudence, logique avec elle-même, envisage essentiellement les faits et, en conséquence, rejette l'argument tiré de la rétroactivité et se prononce en faveur des nullités absolues du contrat de mariage. Donc, nous constatons que, dans tous les cas où la rétroactivité va à l'encontre de l'immutabilité, elle est écartée par la jurisprudence qui fait prédominer le fait sur le droit.

2° *La rétroactivité vient à l'appui du principe d'immutabilité.*

Il en va tout défféremment, lorsque la notion de rétroactivité sert le principe d'immutabilité. Dans ce cas, loin d'être écartée par la jurisprudence ou par la loi, elle est au contraire recherchée ; on fait largement appel à elle, tous les honneurs lui sont rendus.

Lisons, en effet, l'article 1451. La loi dispose que,

lorsque après un jugement de séparation de biens, le régime de communauté est rétabli par les époux « la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage ; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme en conformité de l'article 1449 ».

Dans ce cas en effet, la loi elle-même, en permettant aux époux de demander la séparation de biens, après avoir été mariés sous le régime de communauté, consacre une première violation du principe d'immutabilité. Puis, en autorisant les époux à rétablir, après un tel jugement, le régime de communauté, elle porte une deuxième atteinte au principe d'immutabilité. Les auteurs essaient bien de camoufler cette dérogation au principe d'immutabilité en affirmant qu'elle est réalisée judiciairement et non contractuellement. Il n'en est pas moins vrai que les époux seront régis, d'abord par la communauté, puis par la séparation de biens, puis à nouveau par la communauté.

Mais les rédacteurs du Code sont ingénieux. Il y a moyen, se sont-ils dit, de concilier et les exigences pratiques et le principe d'immutabilité. C'est de décréter que le rétablissement de la communauté s'opère rétroactivement, et ainsi le tour sera joué. Les époux seront censés avoir toujours été mariés sous le régime de la communauté, la séparation de biens disparaît dans le passé comme dans l'avenir. « Ainsi sont réunis les deux anneaux de la chaîne » dit M. Josserand[1].

Les époux ne pourront pas écarter à volonté le régime

1. T. III, n° 247.

de communauté pour les besoins de la cause, par exemple en vue d'une succession mobilière dont l'ouverture est imminente, sauf à le rétablir, une fois obtenu le résultat cherché. « Il ne faut pas, dit encore M. Josserand, que la communauté devienne un régime à éclipses ». Les biens mobiliers, acquis pendant le régime de séparation de biens, par voie de succession ou de donation, entrent donc en communauté.

C'est donc, cette fois, le droit qui l'emporte sur le fait. Pourtant, il fallait bien, ici encore, sauvegarder les ntérêts des tiers, car ceux-ci font l'objet d'une sollicitude constante de la part du législateur et de la jurisprudence. C'est pourquoi la loi tient-elle à réserver les droits acquis par des tiers, en raison des actes passés par la femme au moment où elle avait l'administration et la jouissance de ses biens.

Ainsi donc, tantôt le Droit rejette et tantôt il recherche la notion de rétroactivité, suivant que celle-ci va à l'encontre ou à l'appui du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est une fiction qui est, soit dédaignée, soit honorée, suivant les besoins de la cause.

Mais ce qui est remarquable, c'est que, même au cas où le Droit l'applique, même au cas donc où il fait prévaloir la fiction sur la réalité, il ne néglige pas, pour autant, les faits. C'est ce que nous venons de voir avec la réserve des droits acquis par les tiers, en cas de rétablissement rétroactif de la communauté.

Nous voyons ainsi que, dès que le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales est en jeu, les faits s'imposent à l'attention du législateur et des tribunaux. Il faut les prendre en considération et modeler

les raisonnements juridiques sur les réalités pratiques. Nous ne pouvons qu'approuver la jurisprudence de l'avoir compris. Nous regrettons, par contre, qu'elle l'oublie maintes fois, et spécialement lorsqu'elle envisage la portée dans le temps du principe d'immutabilité. Là, elle se place sur le terrain du droit pur et envisage les deux moments de la célébration et de la dissolution du mariage comme le point de départ et le point d'aboutissement du principe, sans songer que des faits se rapportant au mariage, gravitant autour du contrat de mariage, peuvent parfaitement se placer avant la célébration du mariage et après sa dissolution.

Retenons donc, de toute cette étude de l'influence de la rétroactivité sur l'immutabilité, le principe général suivant : le principe d'immutabilité commande la prédominance des faits sur le droit.

§ 3. — **Application au cas particulier de l'arrêt de 1935.**

Revenons à présent à notre arrêt du 18 décembre 1935. Il prononçait, rappelons-le, la nullité du codicille qui avait donné rétroactivement la qualité de bien commun à un fonds de commerce propre au mari, d'après le contrat de mariage. Nous nous étions demandé si un tel testament ne pouvait pas être validé justement parce qu'il était rétroactif et qu'ainsi il ne portait pas atteinte au principe d'immutabilité. Nous voyons à présent, d'après les exemples précédemment étudiés, que lorsque, en fait, le contrat de mariage a été modifié, peu importe qu'en droit, il ne l'ait pas été.

Nous avons ainsi étudié jusqu'à présent l'opinion dominante de la jurisprudence et de la doctrine qui est

en faveur de la validité des testaments portant modification des conventions matrimoniales. Nous avons vu que cette affirmation générale se subdivise elle-même en deux thèses : celle de la validité des testaments sous réserve des droits acquis, celle de la distinction des testaments disposant pour l'avenir et des testaments rétroactifs.

Jusqu'à présent, nous ne nous sommes pas encore attaqué à la base même de la thèse générale. Nous n'avons pas encore discuté le point de savoir si, oui ou non, il convenait de faire cesser le principe d'immutabilité à la dissolution du mariage.

En approuvant, dans le chapitre suivant, la thèse qui consacre la nullité des testaments et le maintien de l'application de l'article 1395 après dissolution du mariage, nous combattrons par là même la thèse opposée, celle qui vient de faire l'objet de ce chapitre.

CHAPITRE II

PROLONGEMENT VARIABLE DU PRINCIPE D'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES, APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE

Contrairement à la jurisprudence et à la doctrine dominantes étudiées dans le chapitre précédent, certains auteurs et certains arrêts ont affirmé que le principe d'immutabilité se prolongeait dans le temps, au delà de la dissolution du mariage. Ils ont refusé, par là, de s'en tenir à la conception simpliste d'un contrat de mariage qui, automatiquement, dès la dissolution du mariage, cesserait de produire effet. Si, en droit pur, une telle affirmation est exacte, les faits viennent la démentir.

Ce n'est que peu à peu que la vie matrimoniale s'efface complètement et tombe dans l'oubli. Même après sa rupture, ses répercussions se font sentir. Il faut nécessairement organiser la cessation de la vie commune, comme il a fallu organiser cette vie commune elle-même. La dissolution du mariage, n'a pas, à elle seule, la vertu magique de séparer les patrimoines confondus jusqu'alors. Une liquidation est nécessaire pour réaliser une cloison étanche entre les deux fortunes des ex-conjoints.

Au surplus, les époux sont désireux de pouvoir, même après la dissolution du mariage, conserver le train de vie

qu'ils menaient auparavant. Le contrat de mariage, bien souvent, prévoit toutes ces éventualités, il indique à l'avance sur quelles bases la liquidation devra se faire, il contient même parfois des gains de survie, des libéralités au dernier mourant, afin de permettre à celui-ci de continuer à vivre sur le même pied que jusqu'alors. Dans ces conditions, comment permettre aux époux de se considérer, tout à coup, affranchis de toute cette réglementation prévoyante et d'opérer, soit par testament, soit au cours même des opérations de liquidation, des modifications aux conventions matrimoniales ?

Il faut, selon nous, admettre que toute cette période de clôture de l'union conjugale, où se réalisent une à une les dernières manifestations de la vie matrimoniale passée, est soumise au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

Et ceci, pour deux raisons : l'une négative, l'autre positive. D'une part, si l'on fait cesser le principe d'immutabilité à la dissolution du mariage, certaines clauses du contrat de mariage, celles en particulier relatives aux gains de survie et à la liquidation du régime seront modifiées, rejetées, au seul moment où elles pourraient entrer en jeu. A quoi sert alors le beau principe d'immutabilité ? Son application à de telles clauses est toute platonique.

D'autre part, les raisons qui, traditionnellement, sont à la base du principe d'immutabilité, qui en commandent l'application et le respect, existent toujours, aussi bien après la dissolution du mariage qu'au cours même du mariage.

C'est ce qu'ont partiellement compris, et affirmé, plus ou moins explicitement, les auteurs et les arrêts qui se

prononcent en faveur du prolongement du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

En conséquence, ils affirment la nullité des testaments portant modification des conventions matrimoniales. Donc selon eux, l'immutabilité des conventions matrimoniales s'applique encore au moment où les testaments prennent effet, c'est-à-dire à l'instant précis de la dissolution du mariage.

Mais ils ne vont pas plus loin dans cette voie, et, malgré toutes nos recherches, nous n'avons pas pu trouver une seule décision jurisprudentielle obligeant les époux à se conformer pour la liquidation de leur régime, aux clauses de leur contrat de mariage. Donc le principe d'immutabilité, s'il englobe encore dans son champ d'application le moment même de la dissolution du mariage, cesse, une fois cet instant écoulé. Il est donc loisible aux époux de modifier, alors, leurs conventions matrimoniales.

Nous n'admettons pas cette différence de régime entre les testaments et les liquidations du régime matrimonial. Nous affirmons, au contraire, que le raisonnement de la jurisprudence en faveur du prolongement de l'immutabilité jusqu'au moment, inclus, de la dissolution du mariage est aussi subtil qu'illogique. Pour nous, loin de nous hypnotiser sur un « instant de raison », celui de la dissolution du mariage, nous nous déclarons pour la persistance et le maintien du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, au delà même de cette dissolution.

Nous étudierons donc, en deux sections, tout d'abord la thèse jurisprudentielle du prolongement du principe d'immutabilité jusqu'au moment, inclus, de la dissolu-

tion du mariage, puis notre thèse de la persistance du principe, même au delà de la dissolution du mariage.

Section 1

Prolongement du principe d'immutabilité jusqu'au moment « inclus » de la dissolution du mariage

Les arrêts et les auteurs désireux d'accorder au principe d'immutabilité une portée dans le temps plus large que celle qui lui est communément assignée, affirment le maintien du principe jusqu'au moment « inclus » de la dissolution du mariage. Les époux ne peuvent donc apporter, par testament, aucune modification à leur pacte matrimonial.

C'est d'ailleurs implicitement que la plupart des décisions jurisprudentielles admettent une telle thèse. Elles se bornent à prononcer la nullité des modifications testamentaires du contrat de mariage, assimilant ainsi le testament à un acte quelconque passé entre vifs, et soumis, comme tel, à l'article 1395.

Mais, en 1935, est intervenu un arrêt capital, rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, qui a admis explicitement et affirmé solennellement la thèse du « moment inclus ».

§ 1. — Admission implicite de la thèse du moment « inclus ».

La plupart des décisions jurisprudentielles admettant implicitement l'applicabilité du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales jusqu'au moment

« inclus » de la dissolution du mariage, se rapportent à des libéralités testamentaires. Les époux, en effet, tentent bien souvent de modifier, par testament, les libéralités qu'ils s'étaient faits dans leur contrat de mariage. Le peuvent-ils ?

Bien que l'impression, recueillie à la lecture de tous les arrêts relatifs à cette question, soit plutôt vague et confuse, il semble toutefois que la jurisprudence distingue entre les augmentations et les diminutions de libéralités réalisées par testament.

D'après elle, si diminuer, c'est à coup sûr modifier, augmenter par contre, c'est ajouter à la libéralité primitive restée intacte, une libéralité nouvelle.

Donc, par cette distinction, la jurisprudence s'avère soucieuse de respecter le principe d'immutabilité qu'elle considère, par conséquent, comme toujours en vigueur[1].

Ajouter à une libéralité, ce n'est pas la modifier. C'est ce qu'affirme l'arrêt de la Cour de Paris au 3 juin 1843[2], en validant le testament qui avait supprimé la clause de viduité à laquelle était assortie une libéralité faite par contrat : « Considérant, dit la Cour, que l'article 1395 du Code civil qui prohibe tout changement aux conventions matrimoniales doit être concilié avec l'article 1096 qui permet toutes donations entre époux pendant le mariage, en les déclarant seulement révocables. Considérant qu'on ne peut considérer comme des changements aux dispositions du contrat de mariage une *extension* donnée à des libéralités lorsque cette extension ne

1. Car la jurisprudence, comme nous l'avons vu dans le chapitre préliminaire, assimile les libéralités faites par contrat de mariage aux autres conventions matrimoniales, et les soumet, à ce titre, au principe d'immutabilité.

2. J.G. *Contrat de mariage*, n° 327.

porte pas préjudice à des droits acquis par des tiers, d'après des conventions formelles ».

Diminuer une libéralité constitue, au contraire, une atteinte au principe d'immutabilité. Telle est la solution qui se dégage de l'arrêt Saint-Saëns[1]. Le contrat de mariage de Saint-Saëns contient un article 9, conçu en ces termes : « lors de la dissolution de la communauté, le futur époux ou ses représentants reprendront la propriété artistique des compositions musicales dudit futur époux existant actuellement ou de celles qu'il pourrait faire par la suite. Toutefois, dans le cas où ce serait la future épouse qui survivrait, la présente clause ne ferait pas obstacle à l'exercice des droits résultant en sa faveur des lois régissant la propriété artistique ». Puis, par testament, Saint-Saëns exhéréde sa femme et institue sa cousine légataire universelle. La femme, alors, réclame le droit d'usufruit auquel elle peut prétendre, et en vertu de la loi du 14 juillet 1866, et en vertu du contrat de mariage. La légataire universelle s'y oppose, en invoquant le testament.

Il s'agit donc, en l'espèce, plus même que d'une simple diminution de la libéralité faite au contrat de mariage, mais d'une suppression radicale d'une telle libéralité. La Cour de Paris refuse de valider cette modification testamentaire du contrat de mariage. « La disposition de l'article 9 du contrat de mariage, dit-elle, qui attribue à la femme survivante le bénéfice de l'usufruit sur les produits d'œuvres littéraires ou artistiques du mari, lui confère un gain de survie qui participe du caractère irrévocable des conventions matrimoniales, un acte ultérieur de volonté ne peut y porter atteinte..... ».

1. Paris, 8 janvier 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.1.630 ; D., 1927.2.39, note Nast.

Ainsi, lorsque le testament élargit la libéralité primitive, il est valable, lorsqu'il la restreint ou même la supprime, il est nul. Que décider enfin s'il contient *un legs d'option* ? S'il donne le droit, à l'époux bénéficiaire, de choisir entre la donation du contrat de mariage et le legs ?

Le cas s'est présenté le 19 décembre 1894 à la Chambre civile de la Cour de Cassation[1]. La dame Chenet a, par testament, légué à son mari le quart en usufruit des biens qu'elle laisserait à son décès. Le testament se termine par une clause ainsi conçue :

« Je révoque tous les testaments, donations et autres actes de libéralité que j'ai pu faire jusqu'ici ». Or, par contrat de mariage, elle avait attribué à son mari, au cas de survie de celui-ci, une rente viagère de 15.000 fr. La Cour d'Orléans a décidé, par interprétation du testament, que l'intention de la testatrice avait été que le legs du quart en usufruit ne fût pas cumulé avec la rente viagère. En conséquence, la clause révocatoire devait être entendue comme constituant une condition apposée audit legs, de telle sorte que son mari ne pût le recueillir qu'en renonçant à la donation. La Cour de Cassation approuve un tel legs qu'elle interprète, à la suite de la Cour d'Orléans, comme un legs d'option[2].

Or permettre de choisir entre la libéralité ancienne et la libéralité nouvelle n'équivaut pas à modifier la donation primitive. Ou elle s'appliquera telle quelle sans aucun changement, ou elle disparaîtra, mais alors de par la volonté du seul donataire, qui aura manifesté sa préférence pour le legs.

1. D., 1895.1.258 et S., 1898.1.515.
2. Même solution rendue par la Cour de Cassation le 17 avril 1907 D., 1908.1.41 note Binet.

Que faut-il penser d'une telle distinction ? Nous ne la croyons pas fondée. Pour nous, augmenter, diminuer, choisir, c'est toujours modifier. Comme le dit très justement M. Tissier[1] : « Sans doute les époux conservent le droit de se faire des libéralités, c'est même un droit auquel ils ne peuvent renoncer ; mais ils n'ont pas le pouvoir, en se faisant des libéralités, de modifier le contrat de mariage, il y a là deux règles qui doivent s'appliquer ensemble et qui se concilient assez aisément ; les époux peuvent se faire des donations nouvelles, mais, pour celles qui sont faites dans le contrat, ils ne peuvent rien changer. Il ne leur est pas permis, sous forme de libéralités, de renoncer simplement à des avantages stipulés par eux lors du mariage. Ils ne peuvent pas davantage, suivant nous, supprimer une condition établie dans l'intérêt de la famille future, ce n'est pas là une simple extension de libéralité, c'est un véritable changement apporté à une convention qui a pu avoir, au jour du contrat de mariage, une grande influence sur le consentement de ceux qui y sont intervenus »[2].

Selon nous, il faut, là encore, appliquer le critérium qui nous paraît essentiel, primordial, à savoir : distinguer les suites d'un état de choses ancien et l'état de choses nouveau. Si le contrat de mariage contient une libéralité, elle doit rester intangible. Peu importe que l'époux donateur veuille ensuite revenir sur sa générosité ou l'accroître. Il ne le peut, car il est lié par l'état de choses qu'il a lui-même créé. Mais libre à lui de consentir une nouvelle libéralité. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, il n'y a plus modification, mais création, ce qui est tout différent.

1. Note, sous S., 1893.2.217.
2. Dans le même sens, Binet, note sous Civ., 17 avril 1907, D., 1908.1.41.

D'ailleurs les partisans eux-mêmes de la distinction des libéralités extensives et restrictives sont obligés de faire certaines réserves. C'est ainsi que l'arrêt de la Cour de Paris du 3 juin 1843 précité [1] précise : « Considérant qu'on ne peut considérer comme des changements aux dispositions du contrat de mariage une extension donnée à des libéralités, lorsque cette extension ne porte pas préjudice à des droits acquis par des tiers, d'après des conventions formelles » et la même formule est reprise par le jugement du tribunal d'Evreux du 30 janvier 1891 [2].

Or, en logique pure, une extension de libéralité devrait toujours être valable. Si les arrêts ont cru devoir réserver les droits acquis, c'est qu'ils se sont aperçus que leur thèse péchait par certains endroits, ils ont alors voulu lui apporter le correctif nécessaire. Cela aurait peut-être été concevable si la notion de droits acquis était nette et limitative. Mais nous avons déjà constaté que c'est une formule passe-partout. N'aurait-il pas été préférable d'abandonner purement et simplement la distinction des libéralités extensives et restrictives ? Au lieu de dire qu'une libéralité peut être augmentée sous réserve des droits acquis, ne vaut-il pas mieux affirmer tout de suite qu'une libéralité ne peut jamais être modifiée, ni dans un sens, ni dans un autre ?

C'est ce qu'a fort bien compris l'arrêt de la Cour de Rouen du 15 décembre 1891. Il s'agissait d'une extension de libéralité, réalisée par testament. Le tribunal d'Evreux l'avait annulée comme portant atteinte à des droits acquis. La Cour rejette l'argument des droits acquis et annule néanmoins le testament. C'est donc que, par

1. J.G., n° 317.
2. Sous arrêt Rouen, 15 décembre 1891, au S., 1893.2.217.

là-même, elle refuse de distinguer entre les testaments qui consacrent une augmentation et ceux qui renferment une diminution des libéralités antérieures.

Nous affirmons donc, avec la Cour de Rouen, que tout testament, modifiant une libéralité contenue dans le contrat de mariage, doit être nul.

Mais, si nous rejetons la distinction faite par la jurispudence entre les augmentations et les diminutions de libéralité, nous approuvons, par contre, ce qu'elle implique, à savoir : le maintien du principe d'immutabilité au moment de la dissolution du mariage. En effet, selon nous, le principe d'immutabilité ne doit pas cesser à la dissolution du mariage ; le testament doit lui être soumis, comme tout autre acte entre vifs. Et ceci pour de multiples raisons.

Tout d'abord, présentons un argument de texte. Où voyons-nous que l'article 1395, siège de la matière, restreigne la portée dans le temps du principe d'immutabilité ? Que nous dit en effet cet article ? « Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changemrnt après la célébration du mariage ». S'il envisage donc le point de départ du principe, il est muet quant à son point d'aboutissement. Il est certain que, malgré ce silence, il faut assigner un terme à l'application du principe. Mais, à notre avis, ce silence même est significatif. Il préjuge en faveur de la portée dans le temps la plus large. Les rédacteurs du Code en rédigeant l'article 1395 en termes aussi absolus que possible, ont manifesté leur volonté d'étendre le domaine d'application dans le temps du principe. S'il ne faut pas distinguer là où le texte ne distingue pas, il ne faut pas non plus restreindre là où le texte ne restreint pas.

D'autre part, la tradition semble être dans le même sens. Pothier ne disait-il pas, en termes tout à fait généraux : « Un second caractère, qui est propre aux conventions matrimoniales et aux donations portées par le contrat de mariage, est qu'aussitôt qu'elles ont été confirmées par la célébration du mariage qui a suivi le contrat, il n'est plus permis aux parties d'y déroger en rien, même par leur consentement mutuel »[1].

Au surplus, examinons ce qui se produirait si le principe d'immutabilité ne s'appliquait pas au moment de la dissolution du mariage. Les époux pourraient modifier, supprimer, augmenter tous les gains de survie que contiendrait leur contrat de mariage. Or le gain de survie, par hypothèse, n'entre en jeu qu'au moment du décès de l'un des époux. Donc il pourrait toujours, au moment de son application, se présenter autrement qu'il ne se trouvait énoncé dans le contrat de mariage. Permettre aux époux de modifier, par testament, les libéralités qu'ils ont insérées dans leur contrat, c'est donc exclure les gains de survie de la sphère d'application du principe d'immutabilité. Restreindre la portée dans le temps du principe équivaut ainsi à restreindre sa portée quant aux actes sur lesquels il porte. Or il nous semble assez étrange de conclure que le principe d'immutabilité s'applique à toutes les conventions matrimoniales, sauf aux gains de survie.

Si, peut-être, l'on peut hésiter à assimiler les libéralités aux conventions matrimoniales, et encore nous avons fait justice de cette hésitation dans le chapitre préliminaire, les institutions contractuelles qui, par

1. Introduction au titre de la communauté, n° 18, éd. Bugnet, t. VII. p. 56.

hypothèse, ne peuvent prendre place que dans un contrat de mariage, sont, à coup sûr, des conventions matrimoniales. Il faudrait donc parler non plus du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais du principe d'immutabilité de *certaines* conventions matrimoniales. Or, dans une construction quelconque, il suffit qu'une pierre s'abatte pour que l'édifice tout entier s'écroule. Il en est de même, à notre avis, du principe d'immutabilité.

Enfin tous les motifs qui ont fait admettre la règle de l'article 1395 dans notre droit existent, après la dissolution du mariage, avec tout autant de valeur qu'au cours du mariage même. Nous reviendrons d'ailleurs plus longuement sur ce point, lorsque nous affirmerons la persistance du principe d'immutabilité, même au-delà du moment de la dissolution du mariage. Bornons-nous, pour l'instant, à étudier ce qui est particulier aux testaments.

De tous les fondements du principe d'immutabilité il en est un surtout, selon nous, qui subsiste avec une force accrue ; nous voulons parler des abus d'influence d'un époux sur l'autre. S'il est un acte où de tels abus sont particulièrement à craindre, c'est bien le testament. Quelles précautions la loi ne prend-elle pas pour assurer l'indépendance de pensée du testateur, pour écarter l'immixtion de toute volonté étrangère. Toute captation, toute suggestion entraîne la nullité du testament. Le législateur va même jusqu'à se méfier du notaire, auquel elle impose un rôle presque passif. C'est le testateur qui doit avoir l'initiative de l'acte, le notaire se contente d'écrire sous sa dictée et de lui poser certaines questions pour préciser les points restés obscurs. Il est tenu de

reproduire fidèlement la pensée du disposant et, pour plus de sûreté, après cette rédaction, lecture du testament doit être faite. Enfin, c'est aussi afin d'éviter et de prévenir les abus d'influence que la loi interdit les testaments conjonctifs.

Or quelles personnes peuvent avoir le plus d'influence l'une sur l'autre, si ce n'est le conjoint vis-à-vis de son conjoint ! Ils vivent en commun, se connaissent à fond, repèrent facilement le point sensible, peuvent profiter de toutes les circonstances. Il leur est plus simple qu'à quiconque d'exercer des manœuvres artificieuses.

Le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales est donc plus utile que jamais ! Et il cesserait, juste au moment où le testament prendrait effet ! Quel illogisme !

C'est ce qu'affirme la Cour de Colmar, dans son arrêt du 9 décembre 1936[1] : « Attendu ... que toutes les raisons qui traditionnellement, ont fait admettre en droit français la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, s'opposent, avec une force égale, à leur modification par voie de dispositions testamentaires, aussi bien que par conventions entre vifs, que les dangers de l'influence d'un époux sur l'autre sont les mêmes... ».

Au surplus, au cours du mariage, les époux ont peut-être quelque scrupule à écarter, ouvertement, les dispositions matrimoniales qui leur ont été conseillées par leurs parents. Ils hésitent, de peur de la réprobation familiale. Ils ne veulent pas heurter de front les volontés paternelles. Mais, par testament, tout est différent. Le testament est secret ; personne, avant le décès, ne peut se douter de ce qu'il contient. L'époux a donc beau jeu

1. *Gaz. Pal.*, 1937.1.380.

pour camoufler ainsi son intention de passer outre aux désiderata familiaux.

Donc tout concorde : et le texte même de l'article 1395, et la tradition, et la logique du système, et la persistance des raisons qui motivent le principe d'immutabilité. Une seule solution est admissible, celle de la nullité des testaments portant modification des conventions matrimoniales ; le principe d'immutabilité ne peut pas cesser à la dissolution du mariage.

Mais, une fois ce résultat admis, deux conceptions peuvent encore se présenter. L'on peut admettre que le principe d'immutabilité englobe encore le moment même de la dissolution du mariage, mais cesse ensuite. On peut déclarer, plus hardiment, que le principe se prolonge au delà de ce moment. La jurisprudence précitée, prudente, semble impliquer la première solution. Mais elle ne l'affirme pas expressément. C'est pourquoi nous réservons nos critiques pour l'arrêt qui, plus franc, se prononce, explicitement, en faveur de l'applicabilité du principe jusqu'au moment inclus de la dissolution du mariage.

§ 2. — Admission explicite de la thèse du moment « inclus ».

En 1935, intervient un arrêt, qui, pour la première fois, contient ce petit membre de phrase sensationnel : l'immutabilité s'applique « *jusqu'au moment inclus* » de la dissolution du mariage[1].

Cet arrêt que nous avons déjà étudié, à un autre point de vue, dans le chapitre prédédent, prononce la

1. Civ., 18 déc. 1935, D., 1937.1.129, note Fréjaville, voir *infra*, p. 162.

nullité du testament qui attribuait rétroactivement la qualité de bien de communauté à un fonds de commerce déclaré propre au mari dans le contrat de mariage. « Attendu, dit la Cour, qu'ainsi comprise (c'est-à-dire comprise comme une disposition rétroactive) cette disposition testamentaire avait pour but et aurait eu pour effet de faire considérer comme en dehors de l'actif héréditaire une portion des biens dont le *de cujus* n'avait jamais disposé, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit et qui, à l'instant de son décès, faisait par conséquent partie de son patrimoine avec le caractère de propre, à eux imprimé par les clauses du pacte matrimonial, inéluctables, en tous cas, *jusqu'au moment inclus de la dissolution du mariage...* ».

A priori, cette thèse du « moment inclus » est de nature à faire sensation. M. Planiol avait dit[1] : « l'article 1395 du Code civil ne pouvait faire obstacle à l'efficacité du testament car ces deux actes, contrat de mariage et testament, régissent des périodes de temps qui ne coïncident jamais, pas même un instant ». Or, d'après la formule nouvelle de la Cour de Cassation, ils coïncident au contraire, pendant un instant et un seul, le moment de la dissolution du mariage.

A ce moment, en effet, à cette seconde précise de la dissolution du mariage, deux phénomènes juridiques se produisent. D'une part le testament prend effet, d'autre part le principe d'immutabilité cesse. Mais faut-il dire que le testament prend effet avant que l'immutabilité cesse, auquel cas il est nul s'il modifie les clauses du contrat de mariage, ou faut-il affirmer, au contraire, que le principe d'immutabilité cesse avant que le testament

1. Note, au D., 1905.2.2.

ne prenne effet ! En somme, lorsque, à un moment précis, deux événements juridiques se réalisent, il ne reste plus, problème d'une simplicité enfantine ! qu'à déterminer leur succession dans le temps. Il s'agit de savoir exactement ce qui se passe, à cet instant unique ! Il s'agit de faire une enquête plus minutieuse que celle du juge d'instruction le plus consciencieux. Ou plutôt il s'agit de se plonger dans la recherche des infiniments petits, de diviser les molécules en atomes et les atomes en ions et électrons. Mais, au lieu de s'attaquer à la matière concrète, il faut se lancer à la recherche de la division parcellaire du temps ! Vanité des vanités, tout est vanité !

Et pourtant, c'est ce que s'efforce, à plusieurs occasions, de faire la jurisprudence. Nous allons trouver plusieurs hypothèses où cette même préoccupation se retrouve, spécialement en ce qui concerne le problème de l'indivisibilité du privilège de séparation des patrimoines, d'une part, et celui du conflit entre les articles 1220 et 883 d'autre part.

Le privilège de la séparation des patrimoines est-il indivisible ? C'est une question très discutée et d'ailleurs résolue négativement par la jurisprudence. D'après elle, en effet, le privilège de séparation des patrimoines naît divisé ; et nous retrouvons ici le même raisonnement qu'antérieurement. Au moment précis du décès du *de cujus* deux phénomènes juridiques se produisent. D'une part le privilège de séparation des patrimoines prend naissance, d'autre part les créances et les dettes se divisent de plein droit. Mais les dettes se divisent-elles avant la naissance du privilège ou est-ce l'inverse qui se réalise? la jurisprudence se prononce en faveur de la première

solution, et, en conséquence, affirme que le privilège de séparation des patrimoines naît divisé[1].

Et pourtant, la doctrine et les praticiens auraient volontiers admis l'indivisibilité du privilège. En effet la jurisprudence assimile le privilège de séparation des patrimoines aux autres privilèges immobiliers, en l'assortissant non seulement du droit de préférence, mais encore du droit de suite. L'indivisibilité, autre conséquence des droits réels, aurait été dans la logique du système.

De plus, l'affirmation de l'indivisibilité du privilège aurait présenté d'incontestables avantages pratiques. Elle aurait obvié aux multiples inconvénients qu'entraîne, pour les créanciers successoraux, le principe de la division des dettes.

Néanmoins elle a été écartée unanimement par la jurisprudence, sous prétexte que le privilège naissait divisé.

Le même raisonnement est encore tenu par la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de concilier les articles 1220 et 883. Supposons en effet le cas où la totalité ou une grosse part des créances héréditaires sont mises dans le lot d'un copartageant. D'une part, les créances (art. 1220) se sont divisées de plein droit, à l'instant précis de la mort du *de cujus*. Mais, d'autre part, par l'effet déclaratif du partage (art. 883) elles sont censées, dès le même instant précis de la mort du *de cujus*, avoir été la propriété exclusive de l'attributaire. Il faut encore, dans cette hypothèse, déterminer lequel de ces deux effets se produit avant l'autre.

Devant ce délicat problème, la jurisprudence a hésité

1. Civ., 10 juillet 1893, S., 1894.1.177.

et oscillé. Tout d'abord, elle a en quelque sorte refusé d'admettre que les deux phénomènes juridiques se produisent au même moment ; elle a reculé le point de départ de l'effet déclaratif du partage, elle a considéré que, pendant l'indivision, l'article 1220 s'applique seul. L'article 883 ne s'appliquerait qu'une fois le partage effectué, donc avec un effet rétroactif limité[1]. Ainsi la division des créances et l'effet déclaratif du partage se réalisaient successivement, ne se produisaient pas au même instant précis ; la difficulté consistant à fractionner cet instant précis, pour déterminer lequel des deux effets y devançait l'autre, était écartée.

Mais, il faut bien en convenir, une telle interprétation était peu respectueuse de la lettre de l'article 883. Cet article dispose, en effet, que « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et *immédiatement* à tous les effets compris dans son lot ... ». Il semble bien que, dans cette hypothèse, ces deux phénomènes juridiques se réalisent au même moment, au moment du décès du *de cujus*. C'est ce qu'a été forcée de reconnaître, ultérieurement, la Cour de Cassation. Dès lors elle a tenté de concilier l'application des deux articles en distinguant les actes nécessaires accomplis au cours de l'indivision et les actes volontaires intervenus pendant cette même période ; les actes volontaires, tels que les cessions de créance, seront tributaires de l'effet déclaratif du partage ; les actes nécessaires tels que les paiements ou les compensations, seront soumis au principe de la division des créances[2]. C'est ainsi que la jurisprudence a essayé de résoudre le problème difficile qui se présentait à elle.

1. Req., 23 février 1864, D., 1864.1.477 ; Paris, 20 mai 1892, D., 1892.2.357 ; Civ., 30 mai 1877, D., 1878.1.109.
2. Req., 15 mars 1909, D., 1911.1.435 ; S., 1911.1.441, note Naquet.

Nous avons donc vu jusqu'à présent les hypothèses où, deux phénomènes juridiques se réalisant au même instant, la jurisprudence s'était vue obligée de déterminer lequel des deux avait le pas sur l'autre, lequel des deux avait pris naissance avant l'autre.

Faut-il alors raisonner par analogie et en conclure qu'il est parfaitement admissible que la Cour de Cassation, dans son arrêt du 18 décembre 1935, se soit posée à nouveau le même problème ? Nous ne le croyons pas. Lorsqu'il s'agissait, en effet, d'opérer la conciliation entre le principe de la division des dettes et le privilège de séparation des patrimoines ou l'effet déclaratif du partage, la jurisprudence était obligée de s'hypnotiser en quelque sorte sur un moment unique, celui du décès, car des textes de loi commandaient impérieusement de résoudre cette difficulté.

Mais, lorsqu'il convient de confronter la cessation de l'immutabilité des conventions matrimoniales et l'entrée en vigueur d'un testament portant modification du contrat de mariage, aucun texte ne se dresse, belliqueux et intraitable, réclamant application. L'article 1395, obligeamment extensible, déclare : « Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ». Où voit-on qu'il édicte : « et ceci, jusqu'au moment de la dissolution du mariage »?.

Dès lors, pourquoi la Cour de Cassation se jette-t-elle à corps perdu sur une difficulté qu'elle crée de toutes pièces ? Point n'était besoin de faire appel à un raisonnement d'une subtilité asussi grande. Chercher à fractionner, à décomposer un « instant de raison », s'acharner à y découvrir une succession de deux phénomènes

juridiques, ce n'est plus du droit, c'est de la caricature du droit. Si l'excès de simplicité est parfois un leurre, il ne faut pas, pour y échapper, tomber dans un excès contraire, l'excès de subtilité et de dialectique. C'est pourquoi, du point de vue purement théorique, la solution de la Cour de Cassation du 18 décembre 1935 nous semble devoir être rejetée.

Convient-il d'approuver au contraire les conséquences pratiques d'une telle thèse ? C'est ce qu'il nous reste à voir. En somme l'affirmation de la persistance du principe d'immutabilité jusqu'au moment inclus de la dissolution du mariage équivaut à traiter différemment les testaments et les liquidations. D'après une telle conception, toute modification testamentaire du contrat de mariage est nulle. Par contre il reste loisible aux époux de liquider leur régime matrimonial sur d'autres bases que celles du contrat de mariage. Car le moment de la liquidation est, à coup sûr, postérieur au moment de dissolution du mariage, au-delà duquel le principe d'immutabilité cesse de s'appliquer.

Et, en effet, telle est bien la solution de la jurisprudence actuelle. L'arrêt de 1935 la résume fort bien. Aucune décision jurisprudentielle, à notre connaissance, n'a obligé les époux à se conformer, pour liquider leur régime matrimonial, aux stipulations du contrat de mariage. Faut-il l'en approuver ! C'est ce que nous allons voir.

Section 2

Persistance du principe d'immutabilité après la dissolution du mariage

Le mariage a pris fin, le moment même de la dissolution est écoulé. Que reste-t-il du principe d'immutabilité? D'après nos développements antérieurs, la réponse à une telle question s'impose. Le principe d'immutabilité continue à s'appliquer ; en particulier, c'est sous son égide que, selon nous, doivent s'effectuer les liquidations du régime matrimonial. Mais nous n'avons pas la prétention de faire durer indéfiniment le principe. Il nous faut donc rechercher un critérium général permettant de limiter la portée dans le temps du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

§ 1. — Applicabilité du principe d'immutabilité aux liquidations de régimes matrimoniaux.

Sur ce point, la jurisprudence est unanime ; elle rejette l'application du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Les époux peuvent donc opérer la liquidation et le partage de leurs biens sur d'autres bases que celles prévues au contrat de mariage. Ils peuvent négliger une clause de reprise d'apports francs et quittes, une clause de préciput. Il leur est loisible de renoncer aux récompenses auxquelles ils pourraient avoir droit. Ils peuvent partager par moitié leur communauté, s'il leur plait, même au cas où leur pacte matrimonial contiendrait une clause de partage inégal ou d'attribution totale de la communauté. Ou à l'inverse, l'un d'eux peut auto-

riser l'autre à prélever, avant tout partage, certains biens de communauté, alors même que leur contrat de mariage ne contiendrait aucune clause de préciput.

Nous nous élevons avec force contre une telle jurisprudence. Selon nous, les époux ne peuvent modifier en aucune façon leurs conventions matrimoniales, ni pendant le mariage, ni à la dissolution du mariage, ni même après la dissolution du mariage. C'est en conformité des stipulations matrimoniales que doit s'effectuer la clôture des opérations matrimoniales.

C'est d'ailleurs ce que semble décider la jurisprudence lorsqu'il s'agit de la dissolution, non du mariage lui-même, mais du régime matrimonial. Rappelons, en effet, que la Chambre civile de la Cour de Cassation, le 3 novembre 1924[1] a prononcé la nullité de l'acte liquidatif de la communauté qui, de l'accord des parties, dérogeait au contrat de mariage. Celui-ci contenait une clause de reprise d'apports francs et quittes et, au cours de la liquidation, les époux avaient prétendu passer outre. La Cour a mis à néant leur dessein.

La jurisprudence admet donc la persistance de l'immutabilité tant que le mariage subsiste, même après la dissolution du régime matrimonial. Elle accorde un traitement différent aux liquidations, suivant qu'elles interviennent à un moment où la vie commune a cessé ou à une époque où l'union conjugale persiste. Nous ne comprenons pas les raisons d'une telle distinction. Dans un cas comme dans l'autre, le principe d'immutabilité doit continuer à s'appliquer.

Car, d'une part, et nous reprenons ici le même raisonnement que nous avons fait antérieurement pour les

1. D., 1925.1.137, voir *infra*, p.

testaments, si les époux peuvent modifier, au cours de la liquidation de leur régime, les clauses du contrat de mariage, ces clauses risquent de n'entrer jamais en vigueur. Au moment même où elles devraient prendre naissance, elles peuvent être modifiées et même supprimées. Le principe d'immutabilité, si on ne l'applique pas au moment de la liquidation de la communauté, reste donc à l'état de lettre morte, tout au moins quant aux clauses du contrat de mariage relatives à la répartition et à l'attribution des différents biens.

Les remarques de M. Savatier relatives aux liquidations intervenues après dissolution du régime matrimonial sont tout aussi pertinentes, en ce qui concerne les liquidations intervenues après dissolution du mariage. « Pourquoi, dit-il[1], ne s'appliquerait-il (le principe d'immutabilité) pas en particulier aux règles par lesquelles le contrat de mariage détermine la répartition et garantit l'attribution des biens conjugaux à la dissolution de la communauté ? C'est précisément dans la liquidation de celle-ci que ces clauses arrivent à l'existence : quelle sauvegarde resterait-il aux intérêts protégés par la règle de l'immutabilité si, à ce moment même, de telles clauses cessaient d'être intangibles ».

Ainsi, si l'on permet aux époux de modifier par testament leur contrat de mariage, on exclut, avons-nous vu, les gains de survie du champ d'application du principe d'immutabilité. Si l'on permet aux époux de modifier, au cours des opérations de liquidation et de partage, leur contrat de mariage, on exclut les clauses relatives à l'attribution et à la répartition des biens du champ d'application du principe. Après ces amenuisements, ces effrite-

1. Note, sous Civ., 3 novembre 1924, D., 1925.1.137.

ments successifs, que reste-t-il de l'article 1395 ? Mieux vaut encore y renoncer totalement, que de diminuer ainsi, sournoisement, perfidement, son domaine et sa portée.

Donc, de deux choses l'une, ou rejeter le principe, ou l'adopter. Et si on l'adopte, alors, qu'on l'applique à toutes les conventions matrimoniales, y compris et les gains de survie et les clauses relatives à la liquidation. En conséquence il faut, logiquement, se prononcer en faveur de la persistance de l'immutabilité après la dissolution du mariage. Il faut empêcher les époux de modifier leurs conventions matrimoniales au cours des opérations de liquidation et de partage.

D'autre part, nous avons posé, en point de départ de notre thèse, que le principe d'immutabilité devait recevoir application dans le temps dès qu'apparaîtrait l'une quelconque des raisons qui en motivent l'existence. Or ces raisons ont-elles disparu? Nullement, elles persistent, aussi bien après la dissolution du mariage qu'après la dissolution du régime matrimonial.

Et tout d'abord, le contrat de mariage ne perd pas, après dissolution du mariage, son caractère de pacte de famille. C'est peut-être même à ce moment que ce caractère s'affirme avec le plus de force. En effet les parents, soucieux d'assurer la vie matérielle de leurs enfants, ont, le plus souvent, largement participé à la rédaction du contrat de mariage. Ils ont tenu à réglementer les rapports pécuniaires qui s'établiront entre les époux, au cours de leur union. Mais encore, et peut-être même surtout, ils ont tenu à prévoir la situation qui résultera, pour leurs enfants, d'une dissolution du mariage.

Il faut tout prévoir lorsque deux êtres s'unissent, même les éventualités malheureuses ! Si, par exemple, le mariage est dissous par divorce ou par décès, leurs enfants auront, plus que jamais, besoin d'être protégés, dirigés. Et comme peut-être à ce moment les parents ne seront plus en vie, ils préfèrent, d'avance, décider dans le contrat de mariage comment seront répartis et attribués les différents biens conjugaux. C'est donc, souvent, des clauses relatives à la liquidation qu'ils se sont préoccupés avec le plus de soin et de vigilance. Ces clauses, plus même que toutes les autres, doivent rester intangibles et garder leur teneur initiale. En les modifiant, les époux affirment vouloir se libérer de l'assistance familiale ; ils se montrent dédaigneux, jusqu'à l'irrespect, des volontés exprimées dans le contrat de mariage, par leurs parents. La jurisprudence, loin de les encourager à persévérer dans cette voie, devrait, par une rigueur justifiée, leur interdire une telle attitude.

C'est également pour empêcher et prévenir les abus d'influence d'un époux sur l'autre, que le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales a été adopté par les rédacteurs du Code. Or la jurisprudence est-elle assez naïve pour croire qu'ils sont impossibles, sitôt le mariage dissous ? Supposons, tout d'abord, le mariage dissous par divorce. Nous avons déjà vu, antérieurement, toutes les tractations qui peuvent s'effectuer, au cours de l'instance en divorce, pour aboutir à une liquidation anticipée de communauté. C'est même pour empêcher ces tentatives de pression et de chantage que les arrêts et les auteurs, presque unanimement, interdisent de telles liquidations. Rappelons ce qu'en disait M. Naquet [1]

1. Note sous Req., 6 avril 1903, S., 1904.1.505.

« Les liquidations conventionnelles en cours d'instance sont presque habituellement le prix d'un marchandage imposé par l'un des époux à l'autre, l'un d'eux est pressé d'en finir avec la procédure pour reprendre sa liberté et contracter une nouvelle union, il est prêt à toute les concessions pécuniaires ».

Or les mêmes marchandages, les mêmes tractations peuvent se produire, après le jugement de divorce. Une clause du contrat de mariage déplait à l'un des époux, il la trouve désavantageuse pour lui ! Qu'à cela ne tienne. Il manœuvre habilement auprès de son ex-conjoint, afin de pouvoir modifier cette disposition gênante. Il insiste auprès de lui, revient à la charge, l'excède à tel point que ce dernier, tout heureux d'en finir, accepte de se prêter à cette combinaison. Au besoin même il fait miroiter à ses yeux les avantages qui lui seront accordés pour le récompenser de son humeur conciliante. Il va même jusqu'à lui offrir une pension alimentaire plus forte que celle prévue par le jugement de divorce. Enfin il promet de lui envoyer les enfants, plus souvent qu'il n'a été décidé par le tribunal. Et l'autre conjoint cède, abandonnant une part plus ou moins importante de ce qui devait lui revenir, en vertu de son contrat de mariage. Il se dépouille, inconscient et inexpérimenté, afin d'en finir au plus vite avec ces opérations de liquidation.

Supposons à présent que le mariage soit dissous, normalement, par le décès de l'un des conjoints. Dans ce cas encore, des abus d'influence sont à craindre. Les opérations de liquidation et de partage se déroulent entre le survivant et les héritiers du précédécé, lesquels, le plus souvent, vont être les enfants issus du mariage. Comme il sera simple, pour le survivant, de leur imposer toutes

ses volontés ! Enfin, si le survivant se trouve en présence d'enfants du premier lit, il aura également la partie belle. En effet, lorsque la femme s'est remariée, ses enfants mineurs ont passé sous la tutelle du deuxième mari. Celui-ci a dirigé leur éducation, il a certainement une forte influence sur eux. Parvenus à la majorité, ils n'osent s'opposer au règlement que leur ex-tuteur leur propose, ils approuvent donc toutes les opérations de liquidation et de partage, telles qu'elles ont été dirigées et voulues par lui. Et la jurisprudence, de sang-froid, autorise tous ces abus ! Une telle indifférence est vraiment inconcevable.

Que dire enfin des intérêts des tiers ? Si on veut efficacement les protéger, il faut obliger les époux à liquider la communauté suivant leur contrat de mariage. En effet, envisageons par exemple la situation des créanciers d'un des époux. En consultant le contrat de mariage, ils ont pu se faire une idée pour le moins approximative des biens qui, d'après le fonctionnement régulier du régime adopté, devaient appartenir à leur débiteur. Si les époux peuvent liquider sur d'autres bases, tous leurs calculs se révèlent inexacts. Ils ont donc intérêt à ce que les époux ne modifient en rien leurs conventions matrimoniales, car, dit M. Savatier « c'est au moment de la liquidation que le patrimoine de leur débiteur, tel qu'il est établi par le contrat de mariage, doit apparaître avec netteté, pour leur permettre l'exercice de leurs droits »[1].

Donc toutes les raisons qui, traditionnellement, commandent le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, existent toujours, même après la dissolution du mariage. Le principe, en conséquence, doit

1. Note sous Civ., 3 novembre 1924, D., 1925.1.137.

s'appliquer encore, même après la dissolution du mariage.

Nous sommes extrêmement heureux de pouvoir citer, à l'appui de notre thèse, un arrêt d'une Cour qui nous est particulièrement chère, la Cour de notre ville natale, la Cour de Colmar[1]. Dans ses attendus très nets, elle préconise exactement la solution que nous développons. Elle ne statue d'ailleurs pas directement à l'occasion d'une liquidation de régime matrimonial. C'est d'une modification testamentaire qu'il s'agissait, en l'occurence. Mais la Cour de Colmar, tout en prononçant la nullité du testament, a élargi la portée de son arrêt au point d'englober dans le champ d'application du principe d'immutabilité jusqu'aux liquidations de régimes matrimoniaux.

« Attendu, dit-elle, que vainement, le défendeur objecte que le principe d'immutabilité du contrat de mariage prend fin quand le mariage prend fin lui-même et que l'époux qui ne peut, avec effet immédiat, modifier le contrat de mariage pour la durée de l'union conjugale, a le droit de prendre librement des disposition testamentaires qui ne produisent effet qu'après la dissolution du mariage.

« Attendu que la règle d'ordre public de l'article 1395 qui ne comporte aucune restriction, doit continuer à jouer dans la mesure où le contrat de mariage est susceptible de produire effet après la dissolution du mariage, notamment en ce qui concerne la liquidation, le partage, les donations ... ».

Cet arrêt, donc, dans ses attendus remarquables par leur netteté et leur précision, aborde de front la question que tant d'autres esquivent prudemment.. Nous ne

1. 9 décembre 1936, *Gaz. Pal.*, 1937.1.380.

pouvons que l'en féliciter. Comme, de plus, c'est la décision la plus récente en date de tous les arrêts statuant sur la portée dans le temps du principe d'immutabilité, nous pouvons espérer qu'un revirement se produise. Nous pouvons espérer que, dans un avenir proche, toute la jurisprudence s'allie à cette décision et proclame la persistance du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, après la dissolution du mariage[1].

§ 2. — Recherche d'un critérium général.

Nous avons assigné au principe d'immutabilité une portée dans le temps extrêmememnt vaste. Nous avons refusé d'admettre, comme le fait la jurisprudence dominante, que le principe d'immutabilité cesse à la dissolution du mariage. Nous avons refusé d'admettre, comme le fait explicitement l'arrêt du 18 décembre 1935, que le principe d'immutabilité s'applique jusqu'au moment « inclus » de la dissolution du mariage.

Nous affirmons que le principe se prolonge au-delà de la dissolution du mariage. Mais, ce qu'il nous faut encore chercher, c'est un critérium général permettant de limiter dans le temps la portée de l'article 1395.

Nous avons déjà laissé entrevoir quel serait ce critérium. Nous avons déjà donné ce que nous avons appelé la formule-clef de notre thèse, à savoir, la distinction entre « *les conséquences d'un état de choses ancien et un état de choses nouveau* ». Selon nous, le principe d'immutabilité ne cesse vraiment de s'appliquer que lors-

1. L'arrêt de la Chambre civile du 19 décembre 1935 (voir *infra*, p. 196) ne semble-t-il pas esquisser prudemment un pas en ce sens, en parlant des « clauses du pacte matrimonial inéluctable, *en tous cas*, jusqu'au moment inclus de la dissolution du mariage » ?

qu'une situation juridique nouvelle s'instaure, [illegible] ment indépendante de la vie matrimoniale antérieure. Mais, tant qu'il s'agit d'opérations qui se rapportent à cette union conjugale, qui ont un lien de dépendance quelconque avec elle, le principe d'immutabilité persiste. Si les actes nouveaux se trouvent en dehors du principe d'immutabilité, continuent au contraire à être compris dans son champ d'application les prolongements des actes qui, manifestement, lui étaient soumis, au moment où ils ont été réalisés.

Nous avons déjà eu l'occasion d'appliquer ce criterium, après la dissolution du régime matrimonial. Nous avons constaté, avec M. Savatier[1] qu'une même clause, nulle lorsqu'elle s'intègre dans l'acte liquidatif de la communauté, serait par contre valable, si elle était intervenue après cette liquidation, au cours du régime de séparation de biens. « Nous pensons même, dit M. Savatier, que dans cette liquidation, ne peuvent s'incorporer des clauses qui seraient permises aux époux séparés, une fois la liquidation achevée... Celle-ci (la liquidation de la communauté) doit tout d'abord être faite purement et simplement, suivant le régime qu'il s'agit de liquider. Ainsi l'exigent tous les intérêts protégés par l'immutabilité de ce régime. Ce n'est qu'après cette liquidation et sur la table rase qu'elle aura faite, qu'interviendront valablement, au besoin dans le même acte, les arrangements entre époux permis, sur les patrimoines ainsi délimités, par le régime de séparation de biens ».

La liquidation de la communauté reste soumise en effet à l'immutabilité du régime de communauté, car c'est encore une manifestation, un prolongement de ce

1. Note sous Civ., 2 novembre 1924, D., 1926.1.126.

. Mais, après cette liquidation et « sur la table rase qu'elle aura faite », un état de choses nouveau se crée. Le régime de séparation de biens intervient, régime avec lequel la clause litigieuse est parfaitement compatible.

Le même raisonnement peut être reproduit, lorsqu'il s'agitê non plus de la dissolution du régime matrimonial, mais de la dissolution du mariage. L'hypothèse est même encore plus simple. Il n'y a plus deux immutabilités successives, dont il faut déterminer la portée respective dans le temps. Il n'y a plus qu'une seule immutabilité, dont il faut préciser le point d'aboutissement. La jurisprudence distingue ces deux situations, car, pour elle, le critérium général du problème, c'est la durée du mariage. Or nous avons, dès l'abord, rejeté ce criterium. Pour nous, la solution est toujours la même, elle consiste à distinguer les situations juridiques nouvelles et les prolongements d'un état de choses ancien.

D'ailleurs nous avons trouvé, dans la jurisprudence elle-même, une application et, partant, une consécration de notre thèse. Nous voulons parler de la persistance de l'insaisisabilité dotale. L'insaisissabilité dotale produit des effets définitifs, à l'égard des créanciers qui ont contracté avec la femme, pendant la durée du mariage. Lorsqu'un bien échappe à raison de son caractère dotal au gage d'un tel créancier, c'est pour toujours ; jamais ce créancier ne pourra le saisir, pas même après la séparation de biens, pas même après la dissolution du mariage. Seuls, les créanciers qui contractent avec la femme, postérieurement à la dissolution du mariage, ont la faculté de saisir indifféremment tous les biens de leur débitrice.

En effet la saisie effectuée même après la dissolution

du mariage par un créancier dont le droit est né antérieurement à cette dissolution, est une conséquence, nécessaire, fatale, du contrat passé par la femme, au cours du mariage. Ce contrat était, indubitablement, soumis au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, il était réalisé sous l'égide de la dotalité, et plus particulièrement de l'insaisissabilité dotale. Les suites logiques de ce contrat sont soumises à ce même principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, à cette même dotalité, c'est-à-dire à cette même insaisissabilité.

Et pourquoi ? parce que, comme le dit très justement M. Josserand[1] « Autrement la dot ne serait pas protégée » L'insaisissabilité dotale serait en effet illusoire et platonique, s'il suffisait aux créanciers d'attendre le moment de la dissolution du mariage pour effectuer leur saisie. Nous voyons, une fois de plus, que, pour respecter le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, il faut se prononcer en faveur de son maintien même après la dissolution du mariage. La solution contraire équivaut, parfois, à rejeter l'application du principe, même au cours du mariage.

Nous retrouvons ainsi quelque chose d'assez semblable à ce qui se passe en matière de conflits de lois dans le temps. Il est, en effet, unanimement admis que les lois nouvelles ne régissent pas les effets des contrats en cours ; seuls les contrats nouveaux y sont soumis ; la loi ancienne s'applique donc, jusqu'à ce que les contrats qui ont été passés sous son égide aient développé leurs dernières conséquences. Elle les suit, peut-on dire, jusqu'à leur extinction complète. Il en est de même du principe d'immutabilité ; il persiste, malgré son abrogation apparente,

1. *Cours de droit civil*, III, n° 621.

réalisée du fait de la dissolution du mariage, jusqu'aux prolongements extrêmes et à l'application finale des conventions matrimoniales. Il y a une sorte de survie du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, comme il y a une survie de la loi ancienne, suivant l'expression heureuse de M. Roubier[1].

En définitive, nous avons rejeté la thèse, dominante en jurisprudence et en doctrine, suivant laquelle le principe d'immutabilité cesse à la dissolution du mariage. Nous avons même constaté que, pour être logiques avec eux-mêmes, les partisans de cette thèse en arrivent implicitement à la théorie adverse, soit en raison de l'extension qu'ils donnent à la notion de « droits acquis », soit en raison de la distinction qu'ils créent entre les testaments disposant pour l'avenir et les testaments rétroactifs.

Abordant le courant de jurisprudence opposé, nous l'avons félicité d'admettre le maintien du principe d'immutabilité à la dissolution du mariage. Mais le grand reproche que nous lui avons fait, c'est de s'arrêter, de s'hynoptiser même, sur le *moment* de la dissolution du mariage, de vouloir appliquer le principe d'immutabilité jusqu'à ce moment « inclus ». Nous avons démontré qu'une telle conception équivaut à décomposer en fractions infinitésimales cet « instant de raison ».

Nous avons donc voulu franchir encore cette étape et affirmer la persistance du principe d'immutabilité, même après la dissolution du mariage. Nous avons enfin cherché et découvert un critérium général. Ainsi nous sommes parvenu, tout comme les théories adverses, à limiter dans le temps la portée du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

1. *Les conflits de lois dans le temps*, I, p. 584 et suiv.

CONCLUSION

Nous avons posé, au point de départ de notre thèse, comme postulat essentiel, que l'article 1395 doit recevoir application dans le temps, dès qu'apparaît l'une quelconque des raisons qui en motivent l'existence ; à savoir, le caractère de pacte de famille du contrat de mariage, la crainte des abus d'influence d'un époux sur l'autre, la révocabilité des donations entre époux, enfin et surtout l'intérêt des tiers.

Nous avons alors constaté que ces raisons existent non seulement au cours du mariage, mais encore dès avant la délébration du mariage, et même après la dissolution du mariage. Nous avons alors refusé d'admettre la célébration du mariage et sa dissolution comme point de départ et comme point d'aboutissement du principe. Nous avons élargi la portée de l'article 1395, en-deçà et au-delà des limites qui lui sont généralement départies.

Avant la célébration du mariage et parfois même avant la rédaction du contrat de mariage, des abus d'influence peuvent se produire, des dispositions matrimoniales peuvent être adoptées au mépris des volontés familiales. En conséquence, si nous n'avons, malgré tout, pas cru pouvoir assigner au principe le jour de la rédaction du contrat de mariage comme point de départ, nous avons constaté, en nous appuyant sur la doctrine et sur la juris-

prudence, un certain rayonnement du principe dès avant la célébration du mariage. Si, dans cette phase préliminaire, dans cette phase d'avant-contrat les époux peuvent encore modifier leurs conventions matrimoniales, une réglementation stricte et sévère, protectrice des intérêts des tiers, leur est par contre imposée et impartie. Le principe d'immutabilité se projette donc, dans le temps, dès avant la célébration du mariage.

Que se passe-t-il après la dissolution du régime matrimonial, après la dissolution du mariage ? Dans cette période encore, des abus d'influence sont à craindre ; dans cette période encore, les intérêts des tiers peuvent être lésés par des modifications secrètes de conventions matrimoniales. Le principe d'immutabilité se projette donc, dans le temps, après la dissolution du mariage.

Nous avons refusé de nous en tenir au strict raisonnement juridique qui nous aurait conduit à une portée beaucoup plus restreinte, calquée sur la durée du mariage elle-même. Nous avons voulu nous en tenir essentiellement aux réalités et, plutôt que d'assujettir le fait au droit, asservir le droit aux faits. Or les relations entre les deux conjoints, les rapports pécuniaires entre eux ne naissent pas automatiquement à l'instant précis du mariage, ne disparaissent pas automatiquement à l'instant précis de la dissolution du mariage. Il y a toute une période d'organisation de la vie matrimoniale, il y a toute une période de liquidation de la vie matrimoniale au cours desquelles les conjoints sont en contact, au sujet desquelles les tiers veulent être renseignés, à l'occasion desquelles les familles ont échangé leurs vues.

Tout ce qui est donc centré sur le contrat de mariage, tout ce qui gravite autour de lui, tous ses satellites anté-

rieurs et postérieurs, sont soumis au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

Mais n'est-il pas exagéré de donner ainsi une aussi large portée à un principe que d'aucuns qualifient de désuet, de suranné ? N'est-il pas illogique de se montrer plus rigide, plus absolu dans l'application d'un principe, à mesure que son fondement apparaît plus discuté et moins solide ?

Evitons, va-t-on nous dire, de procéder comme avec les pactes sur succession future. N'est-ce pas un véritable anachronisme, une survivance inutile du passé? Or la jurisprudence, loin d'en limiter le domaine d'application, fait preuve d'un acharnement tout particulier. Elle se met à l'affût, les épie, les découvre, en voit partout et les détruit et les annule avec un zèle pour le moins intempestif. Cette fidélité au passé est vraiment excessive !

Cette argumentation serait parfaitement exacte, si son point de départ l'était. Mais le principe d'immutabilité est-il, effectivement, un anachronisme ?

Il est vrai que certaines législations récentes l'ont abandonné et laissent aux époux la faculté d'apporter des modifications à leur régime matrimonial. En Angleterre[1], autant qu'on puisse préciser les dispositions du droit anglais, de formation essentiellement jurisprudentielle, les contrats de mariage ne sont pas obligatoirement rédigés avant le mariage. S'ils sont postérieurs à la célébration du mariage, ils sont sans valeur en droit strict, mais produisent effet en *equity*, à condition d'avoir un fondement raisonnable ; les tribunaux ont ainsi une sorte

1. Rapporté par Mlle Beucher dans sa thèse *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Caen, 1938, p. 212.

de pouvoir discrétionnaire qui leur permet de valider ces arrangements matrimoniaux ; les époux anglais peuvent aussi passer amiablement, sans être obligés de recourir aux tribunaux, un contrat de séparation, qui règle leurs nouveaux rapports pécuniaires. En Hongrie, en Autriche, le principe d'immutabilité est également rejeté. Le nouveau Code civil du Mexique, promulgué en 1932, décide que les époux peuvent indifféremment passer de l'un à l'autre des deux régimes prévus légalement, la société conjugale et la séparation de biens.

Enfin l'Allemagne et la Suisse se sont aussi prononcées contre le principe d'immutabilité. L'article 1432 du Code civil allemand dispose : « Les époux peuvent régler par contrat de mariage leurs rapports quant aux biens ; spécialement, ils peuvent, même après le mariage, dissoudre ou modifier le régime de leurs biens ». En Suisse, les époux peuvent rédiger leur contrat de mariage avant ou après la célébration du mariage, ils peuvent le modifier au cours du mariage, à condition toutefois d'avoir obtenu l'approbation de l'autorité de tutelle (art. 181, Code suisse).

Mais peut-on, dans le sens du déclin de la règle de l'article 1395, tirer un argument absolument convainquant du fait que les législations allemande et suisse l'ont rejeté ? Nous ne le croyons pas ; ces législations diffèrent beaucoup de la nôtre en ce qui concerne le régime des biens entre époux et n'ont pas derrière elles une longue tradition conforme au principe de l'immutabilité ; bien au contraire, les Etats allemands, avant leur union et l'unification de leurs lois, accordaient aux conjoints la faculté de faire ou de modifier leur contrat de mariage pendant leur union. Et d'ailleurs nous pourrions citer

un nombre égal de pays qui conservent et continuent à adopter le principe d'immutabilité : Italie, Belgique, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Roumanie, Yougoslavie, Canada, Argentine, Brésil, Chili.

L'étude du droit comparé ne nous fournit donc pas d'arguments suffisants. « Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà ».

Nous avons déjà, dans notre Introduction, déclaré que le principe d'immutabilité nous semblait avoir, encore aujourd'hui, des raisons d'être suffisantes pour qu'on puisse se prononcer en faveur de son maintien.

Contentons-nous d'insister sur un point seulement. Il est fréquenmment admis que, seule, l'absence de publicité du régime matrimonial commande l'existence du principe d'immutabilité. Il suffirait donc d'établir, en France, comme en Allemagne et en Suisse, le registre matrimonial, pour pouvoir supprimer le principe d'immutabilité. Nous sommes tout à fait partisans de l'introduction en France d'un tel registre, mais nous croyons que, même après cette réforme heureuse, le principe d'immutabilité conserverait son utilité.

En effet, le registre matrimonial ne suffirait pas à protéger efficacement les créanciers des conjoints. Il faudrait encore, comme le fait très justement observer M. Savatier[1], que la modification aux conventions matrimoniales, effectuée au cours du mariage, soit inopposable aux créanciers dont le droit est né avant elle. Il y aurait donc lieu de traiter différemment les créanciers des conjoints, suivant qu'ils sont antérieurs ou postérieurs à la modification.

1. *De la portée et de la valeur du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales*, « *Rev. trim. droit civil* », 1921, p. 93 et suiv.

Plus les époux apporteraient de changement à leurs conventions matrimoniales, plus il y aurait de catégories différentes de créanciers. Ce qui serait bien fait pour simplifier les choses ! « Seulement, dit M. Savatier, même une fois publié, il (le changement de régime) ne saurait devenir opposable aux créanciers antérieurs à sa publication. Et le conflit de tous les tiers intéressés nous semblerait une des grosses difficultés soulevées par le changement de régime proprement dit. Que l'on suppose un passage de la communauté à la séparation de biens, par simple convention, chaque époux reprenant ses biens. Deux catégories de créanciers vont exister côte à côte, enchevêtrant leurs droits jusqu'à la dissolution du mariage : ceux qui ont contracté avec la femme séparée de biens, ceux qui ont contracté avec les époux communs en biens.

« Or on sait combien déjà difficile peut être la liquidation du passif de communauté, lorsqu'il n'a pas été compliqué d'une ou plusieurs périodes de séparation de biens. Que sera-ce quand deux ou plusieurs régimes se seront succédé, mettant en conflit leurs créanciers divers?

Pour pallier à ces inconvénients, il faudrait, dit toujours M. Savatier, « subordonner à une liquidation judiciaire du régime précédent le passage volontaire au régime suivant ». Mais alors, les époux seraient tellement découragés par les lenteurs et les frais d'une telle procédure qu'ils préféreraient renoncer aux modifications projetées. A l'immutabilité des conventions matrimoniales, en droit, succéderait l'immutabilité des conventions matrimoniales, en fait.

La suppression du principe ne nous paraît donc être, ni une réforme opportune, ni une réforme utile. Les avan-

tages de l'immutabilité surpassent, en définitive, ses inconvénients ; la balance est favorable au maintien de l'article 1395. Selon nous, le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales doit garder sa place parmi les institutions de notre Droit civil français.

Dès lors, il convient, non de diminuer et de restreindre son champ d'application, mais au contraire d'élargir sa portée dans le temps. Nous pouvons donc, en toute logique, étendre sa durée, en-deçà de la célébration du mariage, au-delà de sa dissolution.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 7 mai 1942
Le Président de thèse :
Jean RADOUANT.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 9 mai 1942
Le Doyen de la Faculté
Joseph DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 11 mai 1942
Le Recteur de l'Académie
Président du Conseil de l'Université
A. TERRACHER.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français (5e édit.) revu par M. BARTIN.

BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE. — *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux.*

BOURJON. — *Droit commun de la France.*

COLIN, CAPITANT et JULLIOT de la MORANDIÈRE. — Cours de droit civil.

D'ARGENTRÉ. — *Ancienne Coutume de Bretagne.*

DEMOLOMBE. — *Traité du mariage.*

DUMOULIN. — *Ancienne Coutume de Paris.*

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage.*

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*

JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français.*

LAURENT. — *Principes du droit civil français.*

LEBRUN. — *Traité de la communauté.*

PLANIOL. — *Cours de droit civil*, traité élémentaire.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français.*

POTHIER. — *Traité de la communauté.*

RODIÈRE et PONT. — *Traité du contrat de mariage.*

ROUBIER. — *Les conflits de lois dans le temps.*

TROPLONG. — *Contrat de mariage.*

TOULLIER. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code.*

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

BASTIAN. — *De l'inopposabilité*, thèse, Paris, 1930.

BEUCHER (M.L.). — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Caen, 1938.

BOIFFIN. — *Du point de départ des effets du contrat de mariage*, thèse, Rennes, 1930.

GEOFFROY. — *De la publicité du contrat de mariage et de l'introduction en France du registre matrimonial*, thèse, Montpellier, 1934.

EYGOUT. — *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse, Paris, 1922.

JAPIOT. — *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Nancy, 1909.

TESTARD. — *De l'application de l'immutabilité des conventions matrimoniales aux donations faites par contrat de mariage*, thèse, Rennes, 1920.

III. — ARTICLES DE REVUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

BINET. — Note au Dalloz, 1908.1.41.

BOUVIER-BANGILLON. — Note au Dalloz, 1912.1.481.

CAPITANT. — Note au Dalloz, 1907.2.241.

DEMOGUE. — *De la nature et des effets du droit éventuel*, « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1906,

— *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1905.

DEVILLENEUVE. — Note au Sirey, 1854.2.643.

DUTRUC. — Note au Sirey, 1864.1.201.

FRÉJAVILLE. — Note au Dalloz, 1936.1.129.

GAUDEMET. — « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1922, p. 609 ; 1923, p. 977 ; 1925, p. 96 et p. 889 ; 1927, p. 184.

HÉMARD. — Note au Sirey, 1905.2.184.

JAPIOT. — Note au Sirey, 1912.2.257.

KAYSER. — *Nullités d'ordre public*, « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1933, p. 1126.

LABBÉ. — Note au Sirey, 1890.1.49.

LACOINTA. — Note au Sirey, 1881.1.353.

LALOU. — *Des contrats entre époux*, dans les « *Mélanges Capitant* », p. 417.

LYON-CAEN. — Note au Sirey, 1896.1.5.

MAZIN. — *Répertoire général du Notariat*, 1939, p. 181.

NAST. — Notes au Dalloz, 1926.2.12 ; 1927, 2.39 ; 1934.1.145 ; 1937.1.11.

NAQUET. — Notes au Sirey, 1904.1.504 ; 1911.1.441 ; 1921.1.201.

PILON. — Note au Sirey, 1936.1.337.

PLANIOL. — Note au Dalloz, 1905.2.1.

RADOUANT. — Note au Dalloz, 1932.1.57.

SAVATIER. — Note au Dalloz, 1925.1.137.

— *Portée et valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1921, p. 114.

— *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1934, 0. 525.

SIMONNET. — Note au Sirey, 1925.1.345.

TISSIER. — Note au Sirey, 1893.2.217.

INDEX CHRONOLOGIQUE

DES

JUGEMENTS ET ARRÊTS PRINCIPALEMENT ÉTUDIÉS[1]

Req., 2 mars 1825, J.G., *Contrat de mariage*, n° 379 27
Req., 31 janvier 1833, J.G., *Contrat de mariage*, n° 310 37
Nîmes, 23 janvier 1843, J.G., *Contrat de mariage*, n° 405 65
Paris, 3 juin 1843, J.G., *Contrat de mariage*, n° 327..... 149
Req., 26 janvier 1847, S., 1847.1.147..... 14
Civ., 20 juillet 1859, S., 1859.1.850 34
Civ., 13 décembre 1865, D., 1866.1.19 90
Req., 26 juillet 1869, S., 1870.1.17 88
Civ., 7 février 1872, S., 1872.1.73 15
Rennes, 4 mai 1878, S., 1880.1.166 116
Civ., 7 mars 1888, D., 1888.1.350 101
Req., 28 octobre 1889, D., 1890.1.115..... 65
Trib. Evreux, 30 *janvier* 1891, sous Rouen.
15 décembre 1891, S., 1893.2.217 note Tissier et D., 1892.2.437 .. 149
Ch. Réunies, 21 juin 1892, D., 1892.1.369 18
Civ., 6 novembre 1895, S., 1896.1.5, note Lyon-Caen 133
Montpellier, 16 décembre 1901, D., 1907.241, note Capitant et S., 1905.2.184, note Hémard..... 17
Besançon, 6 janvier 1906, D., 1907.2.347 146
Civ., 17 avril 1907, D., 1908.1.41, note Binet 189
Civ., 30 novembre 1908, D., 1909.1.418 18
Aix, 25 janvier 1922, *Gaz. Pal.*, 1922.1.265 170
Civ., 3 *novembre* 1924, D., 1925.1.137, note Savatier et *Gaz. Pal.*, 1925.1.36 74
Paris, 8 janvier 1926, D., 1927.2.39, note Nast (arrêt Saint-Saëns) ... 187
Civ., 29 janvier 1930, D., 1932.1.57, note Radouant 124
Paris, 23 février 1930, S., 1930.2.100 163
Req., 24 avril 1934, D., 1934.1.145, note Nast 129
Civ., 18 *décembre* 1935, D., 1936.1.129, note Fréjaville et S., 1937. 1.57, note Durand..... 162
Req., 27 janvier 1936, S., 1936.1.337 note Pilon et D., 1937.1.11 note Nast 53
Colmar, 9 *décembre* 1936, *Gaz. Pal.*, 1937.1.380 209
Req., 17 mai 1938, D., 1938.1.73 28

1. Les jugements et arrêts qui ont fait l'objet de développements particuliers sont notés en italique.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE 9

Section I. — Notion de conventions matrimoniales 9

§ 1. Clauses constituant des conventions matrimoniales 9
1. Adoption expresse ou tacite du régime 9
2. Institution contractuelle 10

§ 2. Clauses étrangères aux conventions matrimoniales 12
1. Vente 12
2. Bail 12
3. Mandat 13

§ 3. Libéralités 13
1. Point de départ des libéralités 14
2. Influence de la nullité du contrat de mariage sur la nullité des libéralités matrimoniales, et réciproquement 16

Section II. — Notion de modifications aux conventions matrimoniales 22

§ 1. Actes interdits par le principe d'immutabilité 22
1. Modifications affectant l'ensemble du régime 23
2. Modifications partielles 24
3. Modifications des libéralités 24
4. Sociétés entre époux 25

§ 2. Actes compatibles avec le principe d'immutabilité 26
1. Contrats entre époux 26
2. Conventions interprétatives 27
3. Mode d'exécution 27
4. Système des équivalences 27

TITRE PREMIER

AVANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

CHAPITRE I. — **Inapplicabilité, en règle générale, du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, avant la célébration du mariage** 33

Section I. — Textes du Code 33

Section II. — Jurisprudence 35

§ 1. Possibilité de confirmation de la nullité du contrat de mariage 35

§ 2. Point de départ des effets du contrat de mariage 39

Section III. — Doctrine 44

CHAPITRE II. — **Rayonnement du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, dès avant le mariage** 48

Section I. — Rayonnement du principe dès la rédaction du contrat de mariage 49

Sous-Section I. — *Arguments tirés des textes* 49

§ 1. L'article 1404, alinéa 2, et son extension au régime dotal par l'arrêt de 1878 49

§ 2. — L'article 1558, alinéa 4 55

Sous-Section II. — *Exigence des formalités de l'article* 1396 *pour la confirmation de la nullité du contrat de mariage* 60

Section II. — Rayonnement du principe, avant même la rédaction du contrat de mariage 65

TITRE II

APRÈS LA DISSOLUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL PAR SÉPARATION DE BIENS

CHAPITRE PREMIER. — **La portée du jugement de séparation de biens** 78

Section I. — Effets de la séparation de biens intervenant au cours du régime dotal 80

Sous-Section I. — *Persistance de l'inaliénabilité dotale et de ses corollaires* 80

§ 1. Maintien de la distinction des biens dotaux et paraphernaux 81

§ 2. Maintien de l'inaliénabilité dotale 81

§ 3. Maintien et renforcement de l'insaisissabilité dotale ... 83

§ 4. Cessation de l'imprescriptibilité 84

Sous-Section II. — *Maintien des clauses d'emploi et de remploi insérées au contrat de mariage* 85

§ 1. Existence, dans le contrat de mariage, d'une clause d'emploi ou de remploi 85

§ 2. Absence, dans le contrat de mariage, de clauses d'emploi ou de remploi 88

Section II. — Effets de la séparation de biens intervenant au cours du régime de communauté 92

CHAPITRE II. — **Les deux immutabilités successives** 98

Section I. — Succession, dans le temps, de deux immutabilités 98

Section II. — La portée dans le temps de chacune d'elles 103

TITRE III

APRES LA DISSOLUTION DU MARIAGE

CHAPITRE PREMIER. — **Cessation, en règle générale, du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, dès la dissolution du mariage** 114

Section I. — Possibilité de confirmation des nullités du contrat de mariage après dissolution du mariage 114

§ 1. Etude de la jurisprudence 119

1. Confirmation des nullités relatives et absolues 120

2. Synthèse : caractère temporaire de l'ordre public mis en jeu par le principe d'immutabilité 131

§ 2. Discussion de l'application, par la jurisprudence, de la notion de confirmation 138

Section II. — Validité des modifications testamentaires du contrat de mariage 143

Sous-Section I. — *Réserve des droits acquis* 146

§ 1. Personnes pouvant se prévaloir d'un droit acquis 147

1. Conjoint 148

2. Enfants issus du mariage 149

3. Enfants du premier lit 153

4. Tiers 154

§ 2. Critérium des droits acquis 156

1. Présence au contrat de mariage ? 156

2. Existence d'une convention formelle ? 157

3. Intérêt 158

Sous-Section II. — Distinction des testaments disposant pour l'avenir et des testaments rétroactifs (arrêt de la Chambre civile de 1935) 162

§ 1. Discussion du bien-fondé de cette distinction 165

§ 2. Influence générale de la rétroactivité sur l'immutabilité 167

1. La retroactivité va à l'encontre du principe d'immutabilité 168

A) Liquidations anticipées 168

B) Régimes conditionnels 172

C) Nullités du contrat de mariage 176

2. La rétroactivité vient à l'appui du principe d'immutabilité 177

§ 3. Application au cas particulier de l'arrêt de 1935 180

CHAPITRE II. — **Prolongement variable du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, après la dissolution du mariage** 182

Section I. — Prolongement du principe d'immutabilité jusqu'au moment « inclus » de la dissolution du mariage 185

§ 1. Admission implicite de la thèse du moment « inclus » ... 185

§ 2. Admission explicite de la thèse du moment « inclus » ... 195

Section II. — Persistance du principe d'immutabilité, après la dissolution du mariage 202

§ 1. Applicabilité du principe d'immutabilité aux liquidations de régimes matrimoniaux 202

§ 2. Recherche d'un critérium général 210

CONCLUSION 215

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur. 34 - TOULOUSE
T W. - N° 6454 - 5-6-1942